LA PRESCRIZIONE

NEL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

G. CAVARRETTA

LA PRESCRIZIONE

NEL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

PALERMO
ALBERTO REBER
LIBRERIA DELLA R. CASA
1908

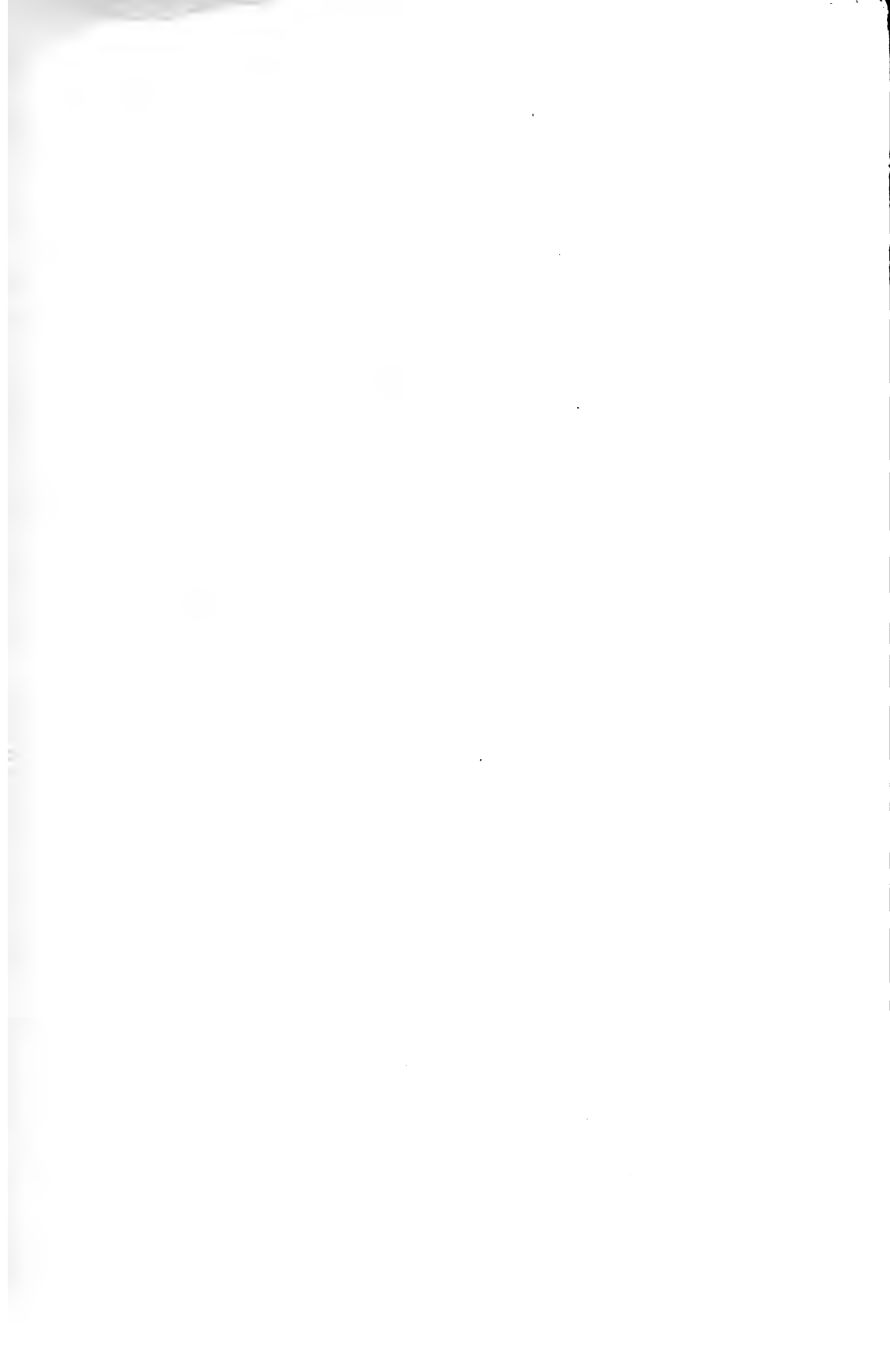
Non presumo di affermare l'interezza della trattazione, e ciò perchè, fuori ogni altra causa, il criterio dirigente di brevità che mi ha guidato nello svolgimento, non avrà potuto certamente evitare al lavoro inesattezze e lacune. Con la coscienza serena di chi compie il proprio dovere, posso affermare invece di non avere nulla trascurato, di quanto sta in me, per trattare l'argomento con quei criterî scientifici e pratici nello stesso tempo che si richiedono attraverso un ordine rigorosamente sistematico. Vorrei perciò sperare che anche questo lavoro, come gli altri che lo hanno preceduto, sia dai cultori della nostra scienza benevolmente accolto e giudicato non privo d'interesse scientifico e di pratica utilità.

È vero che un'esposizione monografica dell'in-

fluenza che il tempo esercita sui rapporti giuridici intercedenti tra stranieri nello Stato o tra nazionali all'estero, non riesce assai difficile riscontrarla nella dottrina, ma sono convinto che anche in questa parte della scienza l'opera individuale deve essere maggiormente rivolta a constatare, pur tenendo gran conto dell'attività collettiva, lo stato generale della legislazione in relazione con le norme di diritto internazionale privato e, determinare mercè la conoscenza dello stato di fatto, quale sarebbe possibile e quale dovrà essere nell'avvenire la norma giuridica internazionalmente applicabile a siffatta materia.

Non oso dire che dei varî sistemi messi avanti dalla dottrina per risolvere il grave problema ho fatto una critica particolareggiata, nè ho avuto cura di esporre minutamente lo stato attuale del diritto positivo riguardo ad ogni istituto; le ragioni sono da ricercarsi nel convincimento di evitare, anzitutto, la ripetizione di quanto è stato da altri più volte obiettato a sostegno della propria teorica rispetto alle conclusioni altrui, e di ritenere, secondariamente, inutile il richiamo dei presupposti di ogni istituto giuridico, la qualcosa avrebbe, senza dubbio, snaturata l'indole del tema.

Quanto alla parte bibliografica noterà lo studioso l'attenzione rivolta per presentarla possibilmente nella sua interezza, quantunque, per cause diverse, le ricerche appariranno alquanto limitate nel campo della giurisprudenza. Anche per questo adunque e per quanto riguarda la forma in sè stessa del lavoro, in vero non così abbastanza castigata, come avrei voluto, mi è lecito fare assegnamento sull' indulgenza dei cultori del diritto internazionale, i quali, nell'apprezzare il buono intendimento soltanto di chi lavora per amore sincero della scienza prediletta, vorranno tener presente la persistenza dimostrata se così posso esprimermi, nel compiere una parte, benchè minima, dell'alta missione di preparare, constatando lo stato di fatto, la materia ai lavori del diplomatico e del legislatore.

Giuseppe Cavarretta.

INTRODUZIONE

Uno studio, rigorosamente condotto, intorno all'istituto della prescrizione nel diritto internazionale privato esige anzitutto che si indaghi se realmente esistono norme giuridiche internazionali relative a questa materia ([1]).

([1]) Il diritto romano aveva concepito l'usucapione e la prescrizione come istituti aventi confini positivamente determinati, riconoscendo l'*usucapione* specialmente per la proprietà, la *prescrizione* per le azioni ed il *non-uso* per le servitù. Nell'epoca posteriore, sotto il concetto generale di prescrizione, si sono compresi degli istituti giuridicamente dissimili, i quali, pur avendo dei punti di contatto, restano tuttavia tra loro sempre diversi. Ciò ha prodotto una confusione che di conseguenza ha dato luogo all'erronea terminologia di *prescrizione estintiva* e *prescrizione acquisitiva* ed alla fusione dei due istituti assai diversi nella loro origine. Più ancora che nella dottrina, nel diritto positivo non si trovano adoperati i termini tecnici proprî agl'istituti relativi; si pensi infatti al Codice Napoleone art. 2219 ed al Codice italiano

Nei termini in cui è posta l'indagine, per l'intimo rapporto in cui viene a trovarsi col problema del diritto internazionale privato, ad una vera importanza pratica congiunge un alto significato scientifico, dappoichè presuppone come attinenti al diritto internazionale le questioni studiate e svolte dal diritto internazionale privato.

Ed invero per far luce tra le incertezze e le nebulosità che avvolgono la dottrina per intendere e svolgere il diritto internazionale privato, occorre ricercare qual'è il suo vero e proprio oggetto e da questo desumere i caratteri che lo qualificano [1]. Non

art. 2105, che, accettando la fusione dei due istituti, raccolgono sotto la generica espressione di prescrizione tanto l'usucapione che l'estinzione delle azioni. È noto il tentativo dell'Unterholzner di romperla con questa generalizzazione di termini che in tal caso, attraverso il prisma del positivismo critico, non può rappresentare un fenomeno di progresso. Anche la giurisprudenza ha più volte fatto intendere la necessità della specializzazione in questa materia, per la qualcosa basterà riscontrare le sentenze della Corte di Cassazione di Roma 29 luglio 1880 nel *Foro italiano* I-1-460 ed 11 aprile 1887 nella *Legge* 1881-1-327, e della Corte d'Appello di Perugia nella *Legge* 1879-1-328. Tutto ciò abbiamo ritenuto opportuno di notare perchè nel corso del presente studio, aderendo alla terminologia del diritto romano, chiameremo *prescrizione* soltanto, senza bisogno di aggiungere qualsiasi altra indicazione, quella riguardante la estinzione delle azioni.

[1] Non si confonda in questa ricerca l'oggetto del diritto nè con le persone cui spetta le quali, potendo essere soggetti

esce completamente dal vero quel concetto che, considerando le relazioni sociali come materia prima del diritto internazionale privato, vede in questo ramo della scienza lo scopo di dare un ordinamento giuridico al complesso delle relazioni di fatto che si stabiliscono nella società. Bisogna però considerare che in occasione di tali relazioni di fatto, le quali forniscono il substrato a rapporti di diritto fra individui appartenenti a Stati diversi, varie leggi vengono a trovarsi, per qualsivoglia ragione, in concorso. Non potendo queste essere simultaneamente applicate, è necessario o che tutte siano tra loro armonicamente contemperate in modo da escludere l'applicazione di principî possibilmente contraditttorî, ovvero che ne sia scelta una a preferenza delle altre. Si tratta adunque di un rapporto fra le leggi di Stati coordinati ed autonomi, e perciò fra gli Stati medesimi, la qual cosa fa considerare come attinenti al diritto internazionale le questioni studiate dal diritto internazionale privato, e fa caratterizzare quest'ultimo come un diritto superiore, risultante dal contemperamento o dalla scelta delle varie leggi concorrenti nei singoli casi giuridico-

di relazioni giuridiche diverse, dànno luogo a rapporti di diritto pubblico e di diritto privato, nè con la fonte da cui emana, potendo una stessa fonte contenere norme diverse ed eterogenee. (V. ANZILOTTI. *Studi critici di diritto internazionale privato.* Rocca S. Casciano, 1898. Cappelli ed., p. 117 e 118).

privati, di cui regola i rapporti, come un vero e proprio diritto internazionale [1].

[1] Per tutto quanto abbiamo nel testo notato, acciocchè si rilevino le nozioni sufficienti nel determinare l'oggetto del diritto internazionale privato, si riscontri lo svolgimento dell'ANZILOTTI nell'op. cit. pag. 118-119-128. Un'esposizione minuta dello stato del pensiero scientifico per le diverse maniere di intendere e svolgere il diritto internazionale privato, quantunque fatta, anche fugacemente, in queste pagine, potrebbe rivestire i caratteri di una digressione, ma tuttavia la reputiamo necessaria perchè ne esca maggiormente illustrato il punto di vista da noi prescelto nell'indicare i termini del problema e nel tentarne la soluzione. La concezione accolta nel testo si riscontra implicita nella sua sostanza nella teoria tradizionale, che si proponeva, come autorevolmente ha dimostrato il LAINÈ (*Intr. au dr. int. priv.* Paris, 1888, Vol. I, pag. 9) di fissare le regole per risolvere i *conflitti di legge*. A questa teorica, cosidetta *internazionalistica*, affermata, ma assai vagamente, da alcuni scrittori del decimottavo secolo, come HUBER (*De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* nelle *Praelectiones iuris romani et hodierni*, part. 2, lib. I, tit. 3, ed. Francoforte 1749 ; BOULLENOIS (*Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coùtumes ou statuts par forme d'observations*, Paris, 1776, pag XXVIII) e ad indicare la quale l'ANZILOTTI preferirebbe l'espressione *Concorso di leggi* (*Studi critici* cit. pag. 120-121 specialmente le note e *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna, Zanichelli ed. 1905, pag. 124, nota I), adoperata già da P. VOET, può contrapporsi quell'altra, cosidetta *nazionalistica*, che considera il diritto internazionale privato come un diritto interno. Accettano nei criteri fondamentali questa concezione SCHMID (*Die Herrschaft der Gesetze nach iheren räumlichen und zeitlischen Grenzen*, Jena, 1863, pag. 10 e segg.), v. GIERKE

L'applicazione di questo concetto presuppone che le regole a cui si uniforma la condotta degli Stati nei loro scambievoli rapporti debbano essere considerate

(*Deutsches Privatrecht*, pag. 213), v. BARD (*Précis de droit int.*, Paris, 1883, introd.), GAREIS (*Institutionen* pag. 195). Tra queste due teoriche sta quella che considera le questioni studiate dal diritto internazionale privato come attinenti al diritto internazionale prima e meglio che al diritto interno. Oltre al FIORE (*Diritto intern. priv.*, vol. I, 3ª ed., Torino 1888, Cap. 1), al CATELLANI (*Il diritto int. priv. ed i suoi recenti progressi*, vol. I, ed. 2ª, Torino, 1895, cap. 2°), vedi gli altri scrittori che aderiscono a questa concezione citati dall'ANZILOTTI (*Giud. interni*, pag. 126 in nota). PÜTTER (*Das praktische europäischen Fremdenrecht*, Leipzig, 1845, pag. 11), NEUMANN (*Grundriss des heutigen europaischen* Völkerrechts, 3ª ed., Wien, 1885, pag. 3), ed altri concepiscono il diritto internazionale privato come un diritto che nello stesso tempo è internazionale ed interno, a differenza del v. BAR (*Theorie u. Praxis*, pag. 4 e segg.) il quale caratterizza il diritto internazionale privato come un diritto *sui generis*, che non è nè internazionale nè interno, ma deriva immediatamente dalla natura stessa delle cose. Il BROCHER (*Cours de droit int. priv.*, vol. I) considera il diritto internazionale privato come un *diritto internazionale regolatore di rapporti privati fra gli individui*. Il JITTA (*La méthode du droit international privé*) alla concezione internazionalistica del diritto internazionale privato contrappone una concezione di esso quale *teoria del concorso delle leggi*. Il CIMBALI (*Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali*, Roma, 1893) intende il diritto internazionale privato come un complesso di norme regolatrici dei rapporti di diritto privato fra gli Stati. In Germania il problema del diritto internazionale privato segna una nuovissima fase per

come norme giuridiche. Da ciò la necessità della ricerca sull'esistenza ed il contenuto di norme giuridiche internazionali (1), quale ricerca non può in

opera specialmente dello ZITELMANN, il quale, distinguendo un diritto internazionale privato iperstatuale (*über-staatliches internationales Privatrecht* — vero diritto internazionale) ed un diritto internazionale statuale (*inner — staatliches internationales Privatrecht* — diritto interno) scevera gli elementi del diritto internazionale ed interno, e dimostra che la materia è oggetto di due specie di norme giuridiche perfettamente distinte fra loro, che considera il problema del diritto internazionale privato immanente al problema legislativo interno secondo la teorica, già accolta dai giuristi inglesi e nord-americani e recentemente esaminata in Germania, il problema fondamentale del diritto internazionale privato che si presenta al legislatore per *stabilire*, cioè, *i limiti locali d'impero del diritto nazionale e determinare la legge straniera applicabile nei casi che sfuggono all'applicazione del diritto interno*, viene diviso in due parti,

(1) Essendoci impossibile di riassumere qui il processo formativo di queste norme giuridiche, le quali, emanando dalla volontà collettiva di più Stati, e non dalla volontà di Stati singoli, debbono avere lo scopo di corrispondere fra loro, essere, cioè, *reciproche*, per creare una norma obbligatoria della rispettiva condotta, ci limitiamo ad osservare che la sfera di applicazione di ogni regola si commisura al numero degli Stati che la riconoscono. Dappoichè mancando un'organizzazione giuridica della comunità interstatuale, questa volontà non può essere formata che dagli Stati medesimi « ex omnium aut multarum gentium voluntate » (GROZIO, *de jure belli ac pacis* proleg. 17 e I, 1, 14) i quali in tanto sono obbligati ad osservare le regole da essa emanate in quanto hanno concorso a formare quella volontà. (V. ANZI-

queste pagine assumere altro carattere, perchè possa con fondamento parlarsi di norme giuridiche internazionali relative alla prescrizione, che quello di determinare se veramente siasi formata una volontà collettiva degli Stati, la quale abbia posta quella data regola come norma rigorosamente obbligatoria della loro condotta [1]. A prima giunta si potrebbe pensare

LOTTI *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale,* Firenze, 1902, pag. 27-38 e v. la nostra *Clausola della nazione più favorita*, Palermo, 1906, Reber ed., pag. 65-69).

[1] A chiarimento dei rapidissimi cenni fatti nel testo, sul valore obbligatorio delle norme stabilite dalla comune volontà degli Stati, V. ANZILOTTI, op. cit. *Responsabilità dello Stato*, pag. 68-74 e *Giudizi interni* pag. 13 nota I e pag 134 nota I, specialmente a pag. 139. V. anche il concetto e la forza obbligatoria del diritto internazionale nella comparazione sul contenuto delle opere di HEILBORN, WESTLAKE, OPPENHEIM, MÉRIGNHAC e NYS nella *Rivista di diritto internazionale* 1906, fasc. I, pag. 34 e 45. Questo problema è forse il più grave che la concezione positiva del diritto internazionale abbia dovuto affrontare. Ma la sua soluzione non può dirsi veramente accettabile dal punto di vista giuridico e positivo quando si ricorre alla dottrina dell'*auto-limitazione,* che è in fondo un concetto del diritto naturale larvato sotto le apparenze di una dottrina pseudo-positivista, come fa MÉRIGNHAC, ovvero si fa un richiamo alla *coscienza degli Stati,* ciò che può dare soltanto una soluzione morale del problema, come fa WESTLAKE. E nel vero invece chi parte dal concetto che ogni norma internazionale è il prodotto di una volontà collettiva di più Stati, ed obbliga perchè è la emanazione di questa volontà. Di modo che l'obbligatorietà

che le norme giuridiche internazionali, rivolgendo il diritto internazionale i suoi precetti soltanto agli Stati, non hanno altro valore che unicamente per gli Stati. Dire ciò è certamente il vero, ma non basta; occorre pensare altresì che lo scopo del diritto internazionale, come di ogni altra parte del diritto, è il bene umano, il quale si risolve in una somma di utilità e di vantaggi individuali (¹). Così l'interesse generale, trovandosi compenetrato con l'interesse particolare, ogni qualvolta un rapporto giuridico-privato fornisce l'occasione ad un problema di diritto internazionale privato, dietro agli Stati sono gli individui, i quali agli Stati medesimi appartengono, di modo che i diritti ed i doveri degli Stati diventano fondamento di altri diritti e doveri che spettano ai privati.

La dimostrazione positiva dell'esistenza di principî giuridici internazionali relativi alla prescrizione, non può, com'è naturale, venir fuori se non dallo svolgimento del tema propostoci, il quale però, acciocchè sia studiato in una certa tal quasi interezza, impone un'ulteriore indagine.

della norma perdura fino a che diversamente non dispone la volontà collettiva che l'ha posta, non potendo la volontà particolare del singolo Stato che ha contribuito a formarla, modificare ciò che una volontà diversa ha stabilito.

(¹) La considerazione dell'utilità che nella formazione storica del diritto internazionale privato agisce sulla coscienza sociale, è esaurientemente svolta dall'ANZILOTTI nell'op. cit. *Studi critici*, pag. 78 e segg.

È stato tante volte dimostrato che le norme giuridiche internazionali, non essendo in generale molto numerose, nè sempre ben definite, trovano talvolta la loro integrazione in altre norme di diritto, poste dalla volontà dello Stato.

Sentendo il bisogno di completare le lacune dei principî del diritto internazionale, ogni Stato provvede con proprie norme, anche laddove non gli è imposto come un dovere giuridico internazionale, a determinare i criterî per la soluzione di quei problemi nei quali il diritto internazionale privato ed il diritto interno hanno dei punti di contatto. In tal modo accanto all'ordine giuridico-privato interno sorge un ordine giuridico-privato internazionale, vuolsi pure imperfetto, per cui i singoli Stati vengono a compiere una funzione non ancora compiuta dal diritto internazionale (1).

(1) Non si desuma da ciò l'uguaglianza tra i due ordini di problemi che restano per i varî elementi distinti nei loro confini, la qualcosa sarebbe ancora meglio messa in evidenza da un'analisi particolareggiata sul processo formale e sul contenuto di queste norme nel diritto interno. E sebbene l'indole di questo studio non consenta di far ciò, tuttavia reputiamo opportuno di notare che le leggi interne in materia internazionale non differiscono *formalmente* dalle leggi interne vere e proprie. L'*identità formale* che vi ha tra le une e le altre non deve farci però dimenticare la *diversità sostanziale* che le separa. Talvolta infatti le leggi interne in materia internazionale provvedono ora a stabilire principî

Constatata l'esistenza di norme giuridiche che attengono quanto al contenuto, a rapporti internazionali, formando da questo punto di vista un sistema di diritto internazionale privato dello Stato da cui emanano (1), si presenta la necessità di valutare la

generalmente ammessi sostituendosi a consuetudini internazionali già formate, ora a provvedere all'esecuzione di un dovere che lo Stato ha verso altri Stati, ora a determinare regole e principî nei quali all'applicazione del diritto interno si collegano problemi di diritto internazionale privato (V. ANZILOTTI, *Leggi interne in materia internazionale* e la bibliografia ivi citata negli *Studi critici* op. cit, pag. 103 e segg.). Per la natura di queste norme nel diritto interno, oltre le due opinioni differenti svolte l'una dallo ZITELMANN (*Intern. Privatrecht*, vol. I, pag. 251 e segg.), che le considera come norme di diritto pubblico, e l'altra dal KAHN (*Inhalt, Natur u. Methode*, pag. 52 e segg.) e dal MEILI (*Inter. Civil-u Handelsrecht*, vol. I, pag. 52) che le considerano come norme di diritto privato, vedi quella recentemente sostenuta dall'AFFOLTER che le fa rientrare nel diritto che egli chiama intertemporale. (V. *Zeitschrift* del GRÜNHUT, vol. XXX).

(1) Occorre appena notare che la violazione di queste norme non costituisce una violazione del diritto internazionale, non potendo giuridicamente uno Stato, con la sola sua volontà, imporre *doveri* ad un altro Stato indipendente. Sfuggendo di esaminare nel merito questa teoria non tralasciamo di accennare quell'altra che con essa confina, cioè la teoria dell'auto-obbligazione per cui uno Stato può accordare *diritti* ad un altro Stato. Sul riguardo v. la recente letteratura di diritto pubblico in Germania, e specialmente JELLINEK, *Rechtl. Nat. d. Staatenverträge*, pag. 9-10; BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig 1890, vol. I, pag. 18.

loro funzione relativamente all'istituto della prescrizione, nel caso che non esistano per tale materia norme giuridiche internazionali ovvero queste ad esse rinviino. Tale indagine però, per l'indole e lo scopo di questo studio, non può andar disgiunta da quell'altra precedentemente delineata; cosicchè, riassumendo, le nostre ricerche avranno per oggetto di dimostrare la esistenza di norme giuridiche internazionali relative alla prescrizione, e nella mancanza di queste, indagare la funzione che esercitano su questo istituto le norme giuridiche interne in materia internazionale.

CAPITOLO I.

Il fondamento giuridico della prescrizione e la determinazione positiva del suo concetto.

Se, tralasciando di considerare, per la natura internazionale della materia del nostro studio, gli elementi specifici dell'istituto della prescrizione nel diritto positivo di un solo Stato o nelle norme sparse nelle diverse legislazioni, ne riguardiamo soltanto il concetto generale e gli elementi essenziali, possiamo considerare l'influenza del tempo nei rapporti giuridici come una necessaria conseguenza dell'ordine giuridico e dell'ordine sociale.

Considerando infatti che l'incertezza nello stato dei rapporti giuridici viene a turbare quell'ordine stabile che il diritto vuol mantenere nei rapporti medesimi, deve questo ultimo attribuire necessariamente al decorso del tempo, che di per sè stesso non po-

trebbe avere alcuna efficacia costitutrice o modificatrice dei rapporti, certe conseguenze giuridiche [1].

In tal modo, sotto condizioni determinate, l'inazione, prodotta dall'estinzione del diritto del titolare per la perdita dell'azione relativa, riafferma la vera funzione del diritto, come principio di ordine, di equilibrio e di armonia nel seno della società.

Giustamente la prescrizione, perchè la più necessaria all'ordine sociale, fu dai giureconsulti romani chiamata la padrona del genere umano [2], e se i giuristi posteriori hanno cercato di rintracciare il fondamento giuridico dell' istituto in considerazioni di diritto privato, pure si son dovuti certamente convincere dell'alto scopo di utilità generale che lo informa [3].

[1] Si pensi all'antica massima « tempus est non modus constituendi vel dissolvendi juris » ed alla funzione del tempo nella prescrizione. V. Assher, *De verjaring im international Privatrecht*. Amsterdam, 1881, S. 24 e Müller, *Die Klageverjährung im internationalen*, Privatrecht-Konitz 1898, S. 9.

[2] Cassidoro, *Var.*, V, 37.

[3] La possibilità di potere facilmente rintracciare le fonti dell'istituto preso ad esame, ci dispensa di anteporre il solito capitolo introduttivo di cenni storici. Il cultore di notizie storiche che vuol conoscere come la prescrizione, ignota nell'antica legislazione di Roma, sia arrivata ad acquistare tanta importanza nelle legislazioni moderne ed in quelle specialmente che traggono la loro origine dal diritto romano, potrà nel *Sistema del diritto romano* del Savigny,

La possibilità della lesione di privati interessi non può far caratterizzare ingiusto ed iniquo l'intervento dell'ente sociale, che dovendo con la giustizia generale assicurare, attraverso la funzione del diritto, l'armonica cooperazione fra gli uomini, ha la potestà legittima di circoscrivere entro certi limiti di tempo

(op. cit., vol. V, pag. 314 e segg.) rintracciare le fonti originali dell'istituto. A chi vuole invece svolgere il contenuto di esso, che forma il fondamento di tutto il diritto positivo di prescrizione, basterà soltanto di sapere che la prima legge d'indole veramente generale sulla prescrizione fu emanata da Teodosio II nell'anno 424, dopo, cioè, che il Pretore, a lato delle leggi civili, introducendo altre azioni, formulava delle singole eccezioni all'antica regola della durata perpetua di tutte le azioni, e stabiliva un periodo di tempo entro il quale dovevano essere esercitate. V. WINDSCHEID (*Pand.*, C. 105). Interessante è lo stato della dottrina moderna sull'istituto della prescrizione. A prescindere dalle proposte definizioni, che con facilità possono riscontrarsi in tutte le opere che trattano la materia (V. specialmente LAURENT, *Principî di diritto civile*, ed. 2ª, 1904, V. XXXII, pag. 2 e segg.; PUGLIESE, *Trattato della prescrizione estintiva*, Torino, 1903, ed. 2ª, pag. 23), gli scrittori si sono occupati più profondamente sulla ricerca del fondamento giuridico della prescrizione. Rammentiamo l'opinione di G. VOET, (*Comm. ad Pandectas*, V. I, 53, pag. 328) il quale, confondendo la ragione giuridica dell'istituto col suo scopo, ne trova la giustificazione nel bisogno di troncare le liti; di TROPLONG, (*De la prescription* n. 10), che vi intravede una pena inflitta al creditore che troppo a lungo ha trascurato l'esercizio dei propri diritti. Altri ha fondato la prescrizione sulla presunzione legale di un diritto anteriore di liberazione (V. MOURLON, *Repetitions*,

l'esercizio dei diritti, acciocchè nè le persone nè i patrimonî vengano ad ogni istante sottoposti a nocivi turbamenti. È adunque la società, per il bisogno della pacifica convivenza, che mette a disposizione del privato la sua tutela e la sua forza, a meno che l'obbligato, non imperando la legge positiva sulle coscienze, voglia eseguire la sua obbligazione, ma la società più non ve lo astringe. La prescrizione si fonda adunque sul riconoscimento giuridico della potenza creatrice e distruttrice del tempo, che rappresentando una forza, come osserva Windscheid [1], alla quale non è possibile sottrarsi, s'impone per la necessità sociale l'intervento del legislatore.

Evitando uno studio attraverso istituti per gli elementi specifici, per il modo di operare e per gli effetti molto affini alla prescrizione, (2), si presenta

t. III, tit. XX, pag. 722). Questa teorica, confutata da LAURENT, (*Principî di diritto civile*, op. cit., vol. XXXII, pag. 3); da MARCADÉ, (*Codice Napoleone*, Napoli, 1885, Marghieri ed., vol. XI, art. 2219, n 2) da RICCI, (*Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1886, ed. 2ª, vol. V, pag. 270) e da altri, è stata propugnata in seno alla Commissione coordinatrice del Codice civile italiano dal senatore De Foresta (verb. n. 44, seduta ant. 22 maggio 1865).

[1] WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, pag. 301.

[2] Le ragioni che ci inducono a riguardare l'argomento nelle sue attinenze con la materia civile soltanto, non solo fanno esulare dalla nostra trattazione lo studio dell'istituto

il problema della determinazione materialistica o, *sit venia verbo*, formalistica della prescrizione. E quantunque tutt'altro che nuovo nel campo scientifico, il problema assume tuttavia un'importanza fondamen-

nelle sue attinenze col diritto commerciale, col diritto penale e con quelle disposizioni particolari che disciplinano i tributi e le finanze, ma ci costringono altresì ad evitare una piuttosto estesa comparazione dell' istituto medesimo con altri istituti simili, quali il *non-uso*, la *perenzione* e la *decadenza*. Nondimeno ci basterà avvertire che in un perfetto sistema di diritto dovrebbe essere ben distinto il *non-uso* dalla *prescrizione*, che hanno per causa comune l'omissione dell'esercizio di un diritto durante un determinato spazio di tempo. (V. relativamente a questa confusione art. 515, 529, 666, 672, Cod. civ. ital. ed art. 617, 625, 706, 720 C. N.). Sotto il concetto generico di prescrizione la dottrina tradizionale ha anche raccolte le *decadenze*. È vero che un indirizzo moderno tende ad affermare la necessità della distinzione fra i due istituti, ma i criteri mal sicuri esistenti nella scienza rendono la specializzazione molto incerta. Una definizione completa che ne stabilisca i caratteri organici è difficile rintracciarla. (V. Pugliese, op. cit., part. II, cap. XII e la bibliografia ivi riportata; Voet, *De diversis temp.* Proem. XLIV, 3, 5; Dalloz, *Rep.* T. XXXVI, n. 6; Windscheid, *Pand.* I, § 102; Vazeille, *Traité de la prescr.*, cap. XVI, n. 787; Arndts-Serafini, § 106, nota 6). Con la prescrizione e più spesso ancora con la decadenza sono stati confusi per diverse ragioni i termini processuali, i quali, secondo la loro efficacia, possono essere *dilatori* (*dies a quo*), *comminatori* (*dies ad quem*) e *perentori*. Dalla prescrizione dev'essere anche distinta la perenzione, che propriamente riguarda la domanda giudiziale.

tale ed un aspetto tutto proprio allorquando è posto nel campo della nostra scienza.

L'importanza teorica e pratica di siffatta qualificazione, giacchè il quesito si riassume in un problema di qualificazione, trae la sua origine a causa della confusione, d'indole puramente scientifica ed alla quale i legislatori rimangono estranei, che nel diritto privato si è fatto per il modo di intendere il diritto e l'azione.

Coefficienti principalissimi a determinare tale confusionismo, sono stati, secondo noi, anzitutto un preteso parallelismo tra il diritto antico ed il moderno e secondariamente una poco esatta comprensione della nozione del diritto e dei suoi elementi.

Riguardo al primo punto, indagando con esattezza la terminologia romana intorno all'espressione *actio*, è stato dimostrato che originariamente con la parola *actio* si designò quello insieme di atti stabiliti sotto un rigidissimo formalismo nelle *legis actiones* (1). Queste indicavano l'attività da applicarsi per ottenere

(1) Secondo Papiniano *actio* chiamavasi soltanto l'azione in *personam*, quella in *rem* dicevasi *petitio* e l'una e l'altra *persecutio*. Ulpiano e Paolo attribuivano alla parola *actio* talora un significato più esteso, tal'altra un significato più ristretto. Gaio ammetteva la distinzione generale di *actio* in *personam* ed in *rem*. Celso con la sua definizione si riferiva forse soltanto alle azioni personali. (V. Savigny, op. cit., vol. V, § 205, pag. 8-9).

riparazione della lesione, e consistevano parte in atti simbolici, parte in formule verbali rigorosamente determinate. L'esecuzione o la non esecuzione di un procedimento simbolico, *manus consertae*, faceva anche sotto l'impero delle antiche *legis actiones* distinguere quelle due specie di azioni, che più tardi si chiamarono *in rem* ed in *personam actiones* [1]. La sostituzione delle *formulae* alle *legis actiones* [2] ebbe per conseguenza che, mentre sotto l'impero di queste ultime il giudice era talmente legato alla legge da doversi astenere dal giudicare quando la legge presentava delle lacune (*nulla actione sine lege*), sotto il nuovo sistema procedurale invece l'attore stesso sceglieva la formula (*edere actionem*) e la proponeva al Pretore domandandone la concessione [3].

(1) Ogni in *rem actio* era introdotta con un procedimento simbolico, *manus consertae*, al quale seguiva la nomina di un giudice e la procedura dinanzi a questo. L'*actio in personam* cominciava subito con la nomina del giudice e quindi constava soltanto di quella procedura stessa, che nell'*actio* in *rem* formava la seconda metà del tutto. (V. Savigny, op. cit., vol. V. § 209, pag. 32).

(2) Dopo che le *legis actiones* furono abolite dalla legge Ebuzia e dalle due leggi Giulie, base di tutto il processo furono le *formulae*. (Gaius IV, § 30).

(3) Ai due momenti in cui si esplicava il giudizio: quello in *iure* innanzi al magistrato, ed il *judicium* innanzi al giudice, indicati con la espressione *ordo judiciorum privatorum*, corrispondeva una distinzione, talvolta anche non rigorosa-

In questo primo periodo, come si rileva di leggieri, il diritto romano differisce nel suo sviluppo dal diritto moderno, l'*actio* non è un elemento del diritto, ma essa viene accordata dal magistrato ed occorre una speciale procedura per determinarla ed ottenerla (*formula* petitoria). *Jus* ed *actio* rappresentano adunque due termini distinti, e sebbene il sorgere dell'una possa avere per presupposto l'esistenza dell'altro, tuttavia restano sempre due termini diversi. Cosicchè la facoltà generica di agire, non facendo parte del diritto e costituendo un elemento a sè, fa giustificare la possibilità di esistere in Roma diritti senza azione [1]. Il concetto opposto invece, che non

mente intesa, tra *actio* e *formula*. Alla parola *actio* si attribuiva infatti il significato sostanziale dell'azione, alla parola *formula* il significato formale.

[1] Per il modo di intendere l'*actio* nel sistema del diritto romano sono in contrasto diverse opinioni; ma noi ci limitiamo a riassumere le tre costruzioni più importanti. Il Savigny sostiene che la lesione del diritto, risolvendosi in una pretensione, produce un nuovo rapporto giuridico, il quale rimane nei limiti di una semplice possibilità e non dà luogo ad una vera e propria obbligazione, fino a che non si esplica a mezzo di una determinata attività. Ammettendo ciò egli è però ben lungi dall'affermare che l'azione rappresenti un nuovo diritto che si sostituisce all'antico, piuttosto quest'ultimo entra con nuovi atteggiamenti in una nuova fase, che si concreta in un nuovo rapporto, raffigurato dal Savigny come un vincolo di obbligazione. Sicchè l'azione altro non è per lui che il diritto in atto, è uno dei momenti

si dànno, cioè, diritti senza azione, nella sua affermazione corrisponde perfettamente ad una generale evoluzione del diritto, cui fa riscontro il diritto romano nel suo ultimo sviluppo, allorquando, precisamente, abolito da Diocleziano l'*ordo judiciorum privatorum*, da Costantino le *formulae* e da Teodosio la *impetratio actionis*, non si considera più del diritto l'aspetto pratico, e l'azione si concepisce come un elemento del diritto, una facoltà ad esso inerente.

La confusione adunque di considerare da questo punto di vista il diritto moderno uguale al diritto antico, per cui si definisce l'azione come un diritto accessorio ad un altro [1], o si parla dell'azione come

della vita del diritto, e questo momento si afferma mediante il carattere speciale di pretesa che il diritto assume. (V. SAVIGNY, op. cit., vol. V, pag. 204 e segg). La costruzione del Savigny, spesso fraintesa, è stata talvolta combattuta (vedi TARTUFARI, *Effetti del possesso* III, n. 1327). L'altra opinione, sostenuta dall'UNGER, dal VÄCHTER e da altri, vede nell'*actio* la facoltà immanente al diritto come tale ed esistente anche prima della violazione. La terza teorica, fra le costruzioni da noi classificate, è propugnata dal Windscheid, il quale sostiene che il concetto della violazione del diritto è estraneo al concetto dell'*actio*, la quale nemmeno può essere caratterizzata come un diritto eventuale di azione. In sostanza il Windscheid vede inerente all'*actio* il carattere di persecuzione giudiziaria. (WINDSCHEID, l. I, § 44).

[1] PESCATORE. *Sposizione compendiosa*, I, tit. 3, pag. 121 e segg.

un diritto a parte [1], è la conseguenza di avere riconosciuta la teorica tradizionale svolta nel primo periodo procedurale romano, ovvero di non avere avuto ben chiaro il concetto di una distinzione tra la facoltà generica di agire e l'azione concreta [2].

Nell'avvicinare, come abbiamo fatto per quanto fugacemente, l'istituto della prescrizione al periodo storico di Roma, non deve sfuggirci un concetto assai importante, specie attraverso il diritto giustinianeo, che concepisce la prescrizione come un semplice impedimento all'esercizio del diritto, e non mai come una causa di estinzione del diritto medesimo, onde lascia sussistere l'obbligazione naturale.

Eccederebbe i limiti del nostro tema l'esaminare a fondo siffatta questione, ma per essere piuttosto precisi, è utile porre il problema in questi termini: la prescrizione estingue tutta l'obbligazione, o, piuttosto colpisce l'elemento obbligatorio civile, lasciando integro quello naturale?

La soluzione di tal quesito presuppone un'indagine, in vero al caso nostro poco necessaria, che accerti se la prescrizione è di diritto naturale, o, al

[1] Mattirolo: *Diritto giudiziario*, ed. V, pag. 21.

[2] Gli scrittori tedeschi, con una terminologia tutta propria, chiamarono *Klage* la facoltà generica di agire, ed Anspruch, *L'azione concreta*. (V. Bianchini, *La determinazione positiva del concetto di prescrizione*, in *Arch. giur.* nuova serie, vol. V, pag. 275).

contrario, è una creazione di diritto positivo in opposizione con i principî del diritto naturale.

A sostegno della prima opinione che riconosce nell'istituto gli elementi per mantenere l'ordine e la pace tra gli uomini (1), si contrappone l'altra che insegna di avere il diritto positivo consacrata la prescrizione per le materie civili a causa di ragioni politiche e di ovviare, nello stato sociale, all'incertezza del diritto, per la qualcosa la prescrizione dev'essere caratterizzata come un'istituzione puramente di diritto civile (2). Le due scuole, lo si constata di leggieri, pervengono a estremi opposti, allorquando invece un'analisi dottrinale, accuratamente condotta, intorno alla natura dell'istituto, dà per risultato il contemperamento delle due tendenze, nel senso di riconoscere che, quantunque l'idea della prescrizione sia in fondo conforme al diritto naturale, pure è necessario che il diritto positivo ne limiti l'arbitrio, cui, per natura stessa, l'istituto è soggetto.

Se tutto quanto abbiamo osservato però non può darci la risposta al nostro quesito, tuttavia agevola la soluzione del problema propostoci.

Noi ci domandavamo, adunque, se la prescrizione,

(1) PUFFENDORF: *Droit de la nature et des gens*, Chap. XII, § 9-66. VATTEL: *Droit des gens*, liv. II, chap. XI, § 141.

(2) AHRENS: *Cours de droit natural et de philosophie du droit*, pag. 93. LAROMBIÈRE: *Théorie et pratique des obligations*, t. V, pag. 623.

estinguendo l'obbligazione civile, lascia sussistere una obbligazione naturale.

La questione, già discussa dagli antichi dottori, è stata ripresa in più diligente disamina nei tempi moderni [1], ma non senza diffidenza e difformità nelle conclusioni, appunto perchè il termine di obbligazione naturale, che aveva un senso determinato in diritto romano, non corrisponde alla natura del diritto odierno. Esisteva infatti per i romani un'*obligatio naturalis* ogni qual volta il rapporto obbligatorio aveva il suo fondamento in un principio ammesso dal *jus* naturale, ma non riconosciuto dal *jus* civile e non munito di un'azione. Dinanzi alla natura del diritto odierno risultando l'obbligazione dal connubio d'entrambi gli elementi, scomparisce ogni differenza tra l'elemento naturale e quello civile, poichè non può perdurare il primo elemento dopo il totale spegnimento del secondo. Ciò non vuol dire che all'obbligazione siano estranei dei doveri di coscienza, ma restano però dei semplici doveri morali non riconosciuti come obbli-

[1] L'indole di questo lavoro non ci consente di riportare i testi che furono addetti per significare anche talvolta opinioni contrarie. Sull'argomento v. BALBI, (*Tract. Praescr.* 1ª *pars princ. cart. 11*, ed. Venezia, 1574), che riporta gli estremi dell'antica dottrina. POTHIER, (*Obligation*, t. I, p. 187) e LAROMBIÈRE, (op. cit., T. V, pag. 626), mostrano di avere riguardo dell'obbligazione naturale contrariamente a quanto osserva TROPLONG, (*Prescription*, pag. 19).

gazioni giuridiche per cui è vana qualsiasi protesta contro l'inadempimento effettivo dell'obbligazione. Così allorquando il tempo dalla legge determinato perchè il diritto del titolare possa esercitarsi è trascorso, il dovere di coscienza può sopravvivere fin tanto che la prescrizione non è invocata, in qual caso il *jus* civile, producendo il suo effetto, libera l'obbligato da qualsiasi vincolo giuridico ([1]).

L'altro coefficiente, a parer nostro, che ha determinato un confusionismo nel campo del diritto privato per il modo d'intendere il diritto e l'azione, è da ricercarsi in una poco esatta comprensione della nozione del diritto e dei suoi elementi.

La riprova del nostro assunto può tentarsi, perchè abbia un fondamento esatto e nel medesimo tempo concreto, attraverso una sintetica delibazione dei caratteri del diritto, esaminando precisamente se la coazione sia di esso un elemento essenziale.

Fra tutte le norme di condotta che pongono degli imperativi alla volontà, la norma giuridica ha

([1]) Comprendendo la difficoltà dell'argomento, che non rientra propriamente nei limiti circoscritti dalla presente trattazione, ci siamo astenuti di affrontare lo sviluppo completo di siffatto problema. Per uno svolgimento piuttosto esteso si può consultare PUGLIESE, op. cit., part. II, cap. VII e MARTIN, *La prescription libératoire en droit international privé* nella *Revue de dr. int.*, T. XIX, 1887, pag. 271; BIANCHINI, op. cit., pag. 307 e segg.

il carattere specifico di essere una norma *irrefragabilmente* obbligatoria [1]. Per conseguenza è ad essa inerente una forza specifica che si concreta in due diversi momenti, nell'uno dei quali è *forza psichica*, e nell'altro è *forza fisica*, o come dicesi comunemente, *coazione*.

La prima, escogitando una specie di costringimento sulla coscienza, ottiene l'osservanza delle prescrizioni della norma. Talvolta però, non avendo efficacia i motivi di carattere eminentemente morale od il motivo egoistico del timore della sanzione, la norma giuridica, la quale tende a realizzarsi ad ogni costo, anche senza il volere e contro il volere, si afferma allora in un secondo momento come forza fisica o meccanica.

Confrontando i due momenti della forza inerente alla norma giuridica, è facile risolvere la questione se l'elemento della coazione sia o non sia essenziale al diritto [2]. Nel caratterizzare infatti la norma giu-

[1] Ciò significa che essa vuole essere, anche senza il volere o contro il volere, attuata a mezzo dell'organo superiore, che è lo Stato, per il raggiungimento di certi fini. Per questo la garanzia si presenta come funzione specifica del diritto (v. VANNI: *Filosofia del diritto*, Bologna, 1906, Zanichelli ed., 2ª ed., Part. II, Cap. II).

[2] Tra gli scrittori, il WINDSCHEID non riconosce diritto perfetto senza mezzi coattivi (v. *Pandekten*, II, § 37; il MERKEL nega che non possa indipendentemente dalla coa-

ridica come una norma *irrefragabilmente* obbligatoria si viene implicitamente ad affermare che la sua osservanza, anzichè essere abbandonata alla spontaneità, è garantita invece da una forza, che emana da motivi e da mezzi adatti per ottenere l'osservanza da parte di quelli ai quali la norma giuridica è rivolta. Questa forza, di cui il diritto è provvisto, in quanto vuole e deve realizzarsi, esercita anzitutto un motivo sulla volontà (*forza psichica*) e non si afferma nel secondo momento (*forza fisica*) se non quando il primo non è sufficiente ad ottenere l'osservanza della norma. Dal che risulta chiaro come l'uno e l'altro motivo, essendo i due mezzi con cui si concreta la forza specifica della norma, rappresenta un elemento essenziale del diritto e che, quantunque la coazioue effettiva resti talvolta come un'*ultima ratio*, pure la possibilità eventuale di attuarsi non le fa perdere la propria caratteristica di elemento del diritto.

Dopo avere dimostrato che la coazione, servendo a garantire la piena osservanza del diritto ed a pre-

zione esistere un diritto (v. *Enciclopedia* di HOLTZENDORFF, § 7, pag. 11). JHERING dimostra che non ci può essere diritto senza coazione, come non ci può essere fiamma senza luce e senza calore. (V. l'*Esprit du droit romain*, IV); BEKKER, pur ammettendo che i diritti in generale hanno la tendenza alla coercibilità, crede sussistano anche rapporti di diritto privi di coazione. (*Pandekten*, § 18, pag. 4 in nota).

venire od a reprimere lo stato antigiuridico derivante dalla violazione, è del diritto un elemento, ne consegue che la facoltà generica di agire, ossia l'azione, che rappresenta uno dei rimedi con cui la coazione si esplica, un mezzo tecnico per far valere il diritto (1), è connaturale al diritto ed è compresa nei suoi elementi (2). La funzione di garanzia esercitata dal diritto si concreta adunque nell'azione, il cui concetto, collegandosi all'idea di un ostacolo all'attuazione del diritto, si compenetra in quello del diritto stesso, senza essere considerato un diritto di per sè, nè come un diritto nuovo che si aggiunga dal di fuori al diritto principale.

A differenza di quanto avveniva nel diritto antico e romano, riconosciuto dal diritto moderno il

(1) Cfr. VANNI, op. cit., pag. 125.

(2) Del concetto che considera indissolubili i due termini *diritto* ed *azione*, si traggono evidenti dimostrazioni dal diritto positivo. V. l'art. 1802 C. C. it., dal quale si rileva che ove non vi ha diritto non vi ha azione. L'opinione che la prescrizione non colpisce il diritto ma l'azione è stata accolta nella dottrina moderna anche in Italia. Il Mortara infatti, sostenendo tale opinione ne trae la conseguenza che la prescrizione dell'azione non impedisce che il diritto sia poi *volontariamente riconosciuto* (*Comm. del Cod. e delle leggi di pr. civ.*, vol. 2, pag. 563). V. anche POLACCO, (*Le obbligazioni nel dir. civ. it.*, Padova-Verona 1899, pag. 79). Diversamente la pensano DE CRESCENZIO in *Enciclopedia giuridica*, v. obbligazione pag. 148 e segg.; CHIRONI e ABELLO, vol. I, pag. 684 e segg.

rapporto tra *jus* ed *actio*, non potendo sussistere un diritto sprovvisto da tutela giuridica, è stata logica l'affermazione di considerare ***diritto*** ed ***azione*** come due termini indissolubili di uno stesso concetto. Nel ricollegare questi risultati alla prescrizione, è facile di dedurre come questo istituto nei suoi effetti, estinguendo il diritto, estingue l'azione; e questa affermazione assume una grande importanza, allorquando dal punto di vista internazionale, con generali considerazioni scientifiche, si discute se la prescrizione sia istituto appartenente al diritto materiale od al diritto formale. Quest'ultima opinione afferma dei concetti sui quali occorre fermarci, perchè si dimostri come essi riflettano la loro applicabilità nel campo giuridico internazionale.

Se infatti si considera la prescrizione come la più importante eccezione [1], da cui un rapporto giu-

[1] È ben noto come all'eccezione sia applicabile quella legge relativa alla sua speciale natura. Da ciò è facile dedurre che le eccezioni vanno giudicate secondo il loro diverso contenuto, per cui accanto alla categoria di eccezioni di contenuto meramente processuale sorge quell'altra categoria di eccezioni di contenuto meramente di diritto materiale. Da ben fondate considerazioni scientifiche si rileva che devono giudicarsi secondo la legge di diritto materiale le eccezioni, le quali negano il diritto dell'attore sostenendo che esso non è sorto oppure è estinto e quelle altresì le quali ammettono che il diritto per sè sussiste, ma negano che esso conceda alcuna pretesa contro il convenuto senza che il convenuto

ridico può essere invalidato per l'estinzione dell'azione, essa viene a caratterizzarsi un mezzo di procedura e perciò acquistano essenziale importanza i principî che determinano la legge applicabile nell'ordine del diritto processuale diversi da quelli che determinano la legge applicabile nell'ordine del diritto privato. Ma quantunque la legge applicabile per giudicare dell'azione può in uno stesso processo essere diversa da quella regolatrice dell'eccezione (1), tuttavia per il nostro istituto che può dalle diverse legislazioni essere collocato nell'ordine del diritto formale o del diritto materiale, queste due leggi coincidono in modo da far giudicare l'azione secondo la legge di diritto materiale. Per specificare infatti il contenuto dell'azione, occorre distinguere le varie specie di diritti (2) che si possono far valere per mezzo dell'azione, ed il principio,

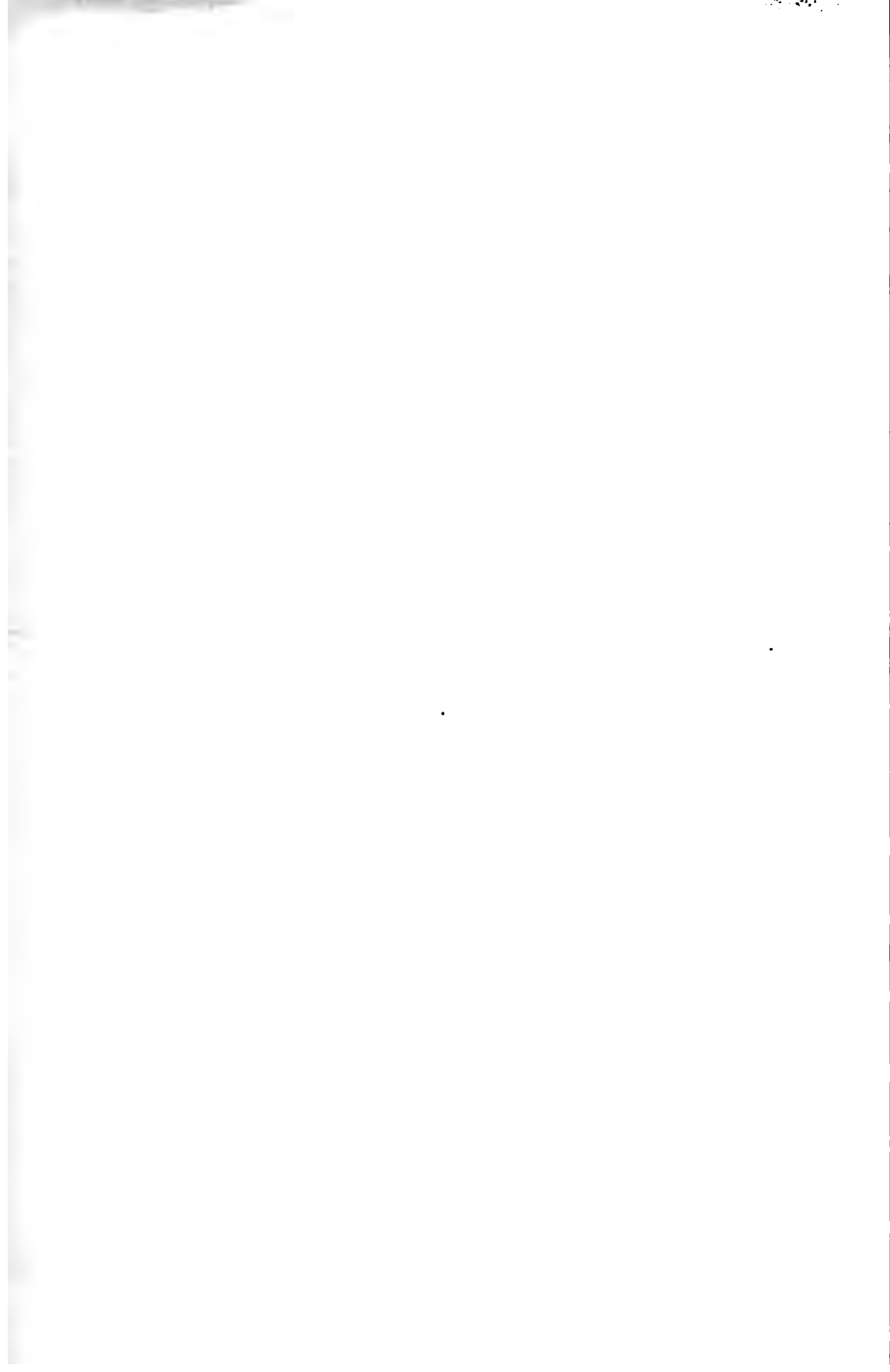
stesso si riferisca a un proprio indipendente diritto. Sono invece da considerarsi eccezioni di contenuto meramente processuale, e da giudicarsi secondo la *lex fori*, quelle per le quali il convenuto, senza entrare nel merito della domanda attrice, ne chiede il rigetto per motivi processuali, così le eccezioni di nullità della citazione, di incompetenza, di mancanza di prestazione di garanzia da parte dell'attore e di litispendenza. V. FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale, parte generale*. Bologna, 1905, Zanichelli ed., Cap. IV, 4, e la bibliografia ivi citata.

(1) FEDOZZI, op. cit., pag. 530.

(2) ZITELMANN, *Internationale Privatrecht*. Leipzig, 1898, vol. II, pag. 230 e segg.

per quanto riguarda la scienza del diritto internazionale privato, vale a stabilire senza contestazione che in materia di obbligazioni l'esistenza e la natura delle azioni sono connesse col *vinculum juris* e deve di esse giudicarsi secondo la legge stessa a cui è sottoposto il diritto materiale [1].

Dimostrato adunque che la prescrizione, pur volendo considerarsi appartenente al diritto formale, riguardo al contenuto dell'eccezione in sè stessa considerata e dell'azione che colpisce, dev'essere giudicata secondo la legge di diritto materiale, crediamo di avere nettamente indicato da questo punto di vista la natura del nostro problema.

[1] Fedozzi, op. cit., pag. 507-508.

CAPITOLO II.

Dei diritti imprescrittibili.

Accanto alla regola generale che fa della prescrizione un modo di estinguere il diritto per la perdita dell'azione relativa, sta l'eccezione in quanto riguardo a taluni diritti esiste l'impossibilità di prescrivere, ciò vuol dire, in altre parole, che tutti i diritti non sono prescrittibili. Occorre perciò ricercare, nel seguire la nostra trattazione, quali diritti sono dalle norme giuridiche internazionali o dalle norme interne in materia internazionale considerati imprescrittibili.

Una prima categoria è rappresentata dai diritti che all'individuo appartengono nella sua qualità di uomo, e che si concretano nel diritto che ha l'individuo, come membro dell'umanità, di vivere e di conservarsi. Di tal diritto può ogni uomo reclamare il rispetto riguardo a tutti e di fronte a tutti gli Stati

dell'universo, e qualunque sia il decorso del tempo che abbia potuto ostacolare la sua facoltà, contro di esso non è da ammettersi prescrizione alcuna.

Sebbene il diritto di libertà, che della personalità umana rappresenta uno dei principali diritti, sia stato riconosciuto e proclamato dai giureconsulti antichi come un *jus naturae*, tuttavia l'inalienabilità e quindi l'imprescrittibilità di questo attributo essenziale della persona umana, come affermazione di legge positiva, segna una grande vittoria della moderna civiltà.

In rapporto al diritto internazionale una delle applicazioni del diritto di libertà si è la facoltà spettante a ciascun individuo di appartenere a questo od a quel corpo politico ([1]), ciò vuol dire che ogni persona, avendo la capacità giuridica necessaria, può liberamente scegliere lo Stato al quale vuole appartenere e rinunziare alla sua nazionalità per acquistarne una nuova. Di un tal diritto l'uomo non può *tractu temporis* essere privato ([2]), non essendo il soggetto passivo di un diritto di proprietà nè da parte di un altro uomo, nè da parte dello Stato ([3]), a meno che

([1]) FIORE, *Diritto internazionale pubblico*. Torino, 1904, ed. 4ª, vol. I, pag. 444.

([2]) LAURENT, *Principî di diritto civile*. Milano, 1904, ed. 2ª, vol. XXXII, pag. 184, n. 237; LEROUX DE BRETAGNE, vol. I, pag. 109, n. 133.

([3]) BONFILS, *Manuel de Droit international pubblic*. Paris, 1901, ed. 3ª, pag. 210, n. 398.

non si voglia ammettere il disconoscimento di uno dei diritti della personalità umana, qual'è appunto lo *status civitatis* (¹). Da ciò consegue che nessun sovrano può pretendere d'imporre permanentemente all'individuo la cittadinanza contro la sua manifesta o presunta volontà, non rientrando nel *summum jus*, a lui spettante, che la facoltà soltanto di stabilire nella maniera più indipendente le condizioni per lo acquisto, la conservazione e la perdita della cittadinanza (²). Qualsiasi periodo di tempo quindi possa trascorrere, da che l' individuo è cittadino di uno Stato, non può avere efficacia giuridica alcuna a fargli perdere il diritto di cambiare la propria cittadinanza, giacchè questo stato della persona, essendo sottratto al commercio in vista dell'interesse generale per la conservazione ed il perfezionamento della società, non si perde per opera della prescrizione (³).

Altra manifestazione del diritto di libertà in rapporto al diritto internazionale è la facoltà spettante all'individuo di allargare la sfera della sua at-

(¹) Fiore, *Diritto internazionale privato*. Torino, 1902, ed. 4ª, vol. I, pag. 333, n. 332.

(²) Fiore. *Diritto int. priv.*, op. cit., vol. I, pag. 323, n. 323.

(³) È opportuno quì di notare che tutti i negozi giuridici, mediante i quali il diritto inerente alla personalità umana viene offeso, oltre che di essere caratterizzati come contrari al diritto internazionale, devono intendersi radicalmente nulli.

tività in tutto l'universo, di avvalersi, cioè, di taluno vie di comunicazione, di soggiornare in una determinata parte del territorio di uno Stato ed anche di emigrare. Le circostanze di tempo nessuna influenza potranno esercitare intorno a ciò, come altresì intorno a quell'altra categoria di diritti rappresentata dai cosidetti diritti facoltativi ([1]), l'esercizio dei quali costituisce la libertà civile altrettanto preziosa quanto la politica. In rapporto al diritto internazionale un tal diritto consiste nella facoltà spettante all'uomo di fronte a tutti gli Stati di estendere la sua attività sulle cose a lui esteriori, di usarne e goderne a piacimento. Ogni uomo, quindi, potendo estendere la sua attività sulle cose esteriori, ovunque esse siano situate, a

([1]) L'espressione *facoltativi* s' intenda qui nel senso di fare tutto ciò che è lecito. L'uomo usa della propria libertà non esercitando i diritti che gli appartengono; così egli non perde il godimento dei diritti politici per non averli esercitati, come non perde l'uso della sua proprietà variando a suo capriccio la destinazione delle cose o la cultura dei fondi. L'applicazione di questi principî non presenta alcuna difficoltà allorchè trattasi di diritti che attengono alla libertà delle persone ed a quella del suolo; è malagevole invece allorquando si tratta di distinguere le *mere facoltà* da altri diritti. Son note le opinioni prevalenti sul concetto generico delle *res facultatis*, ed i criteri generali in relazione alla prescrizione nel diritto positivo. Limitandoci ai cenni fatti nel testo, per averne una conoscenza pressochè esatta v. LAURENT, op. cit., vol. XXXII, pag. 174 e segg. e PUGLIESE, op. cit., pag. 58 e segg.

condizione però di osservare sempre le leggi imperanti nel territorio ove le cose si trovano, è libero di usare di tale facoltà che non può andar soggetta all'opera della prescrizione.

Un' ultima categoria di diritti imprescrittibili dell'uomo, inerenti al diritto di libertà, è costituita dal diritto di religione, considerato pure come un diritto internazionale dell'uomo, al quale il fatto di aver professato per un periodo più o meno lungo di tempo una religione, non può vietargli la facoltà di mutarla, abbracciandone un'altra.

L'indirizzo speciale del presente studio ci guida adesso ad un'altra ricerca: può la prescrizione essere invocata dagli stranieri? può la prescrizione essere opposta agli stranieri [1]?

All'un caso ed all'altro sembra che quasi sempre negativamente rispondesse l'antica giurisprudenza per la teorica allora nella dottrina accolta di caratterizzare la prescrizione un diritto civile nello stretto

[1] Per quanto riguarda il significato da attribuirsi alla parola *straniero* se, cioè, bisogna darvi il senso più stretto limitandolo alle sole persone fisiche, od un senso più esteso, comprendendovi le persone giuridiche, v. la nostra *Clausola della Nazione più favorita*, op. cit., pagg. 229-230. Analogamente all'opinione ivi sostenuta, anche per quanto riguarda chi può prescrivere e contro chi si può prescrivere, affermiamo che il decorso del tempo debba esercitare pure la sua influenza ed apportare i suoi effetti verso le persone giuridiche.

senso della parola. Quando però a tale concezione successe quella di riconoscere la prescrizione ben più di un diritto consacrato dalla legge, come un diritto dell'umanità, ogni dubbio allora scomparve e venne riconosciuto agli stranieri il diritto di valersi della prescrizione, e di opporla al bisogno [1].

[1] DURANTON, *Corso di dr. civ.* t. XXI, pag. 115, n. 94. Non può in siffatta materia essere invocato il diritto romano, perchè esso nulla lascia intendere per la prescrizione riguardo agli stranieri, presenta invece dei dubbi per l'usucapione, in quanto che con tal mezzo era vietato agli stranieri l'acquisto della proprietà quiritaria. (V. POTHIER, *Traité des personnes*, par. I, tit. II, sez. II).

CAPITOLO III.

La prescrizione dei diritti nascenti dalla legge.

La prescrizione, è noto, può estinguere tanto i diritti nascenti dalla legge, quanto quelli nascenti dal fatto dell'uomo ([1]). È necessario perciò che l'istituto, intorno al quale si aggirano le nostre ricerche, sia separatamente studiato e quindi svolto nelle sue svariate manifestazioni, attraverso queste fonti di obbligazioni, e sempre, s'intende, dal punto di vista del diritto internazionale.

([1]) Nell'accogliere il sistema comunemente seguito di inquadrare, cioè, la prescrizione nelle due grandi categorie soltanto delle azioni personali e delle azioni reali, non potrà svolgersi, come si rileva di leggieri, l'istituto nella sua interezza. Perciò stimiamo opportuno, pur consci delle difficoltà cui si va incontro, di seguire una partizione più confacente al nostro studio.

Per seguire l'ordine sistematico, già tracciato, incominciamo della prescrizione dei diritti nascenti dalla legge.

Assenza. — Gli scolastici, ricorrendo a qualche testo romano, avevano fondato una teoria completa sull'assenza, la quale, a dir loro, sospendeva la prescrizione. Conseguentemente insegnavano che non si potesse prescrivere contro chi, ignorando il decorrimento della prescrizione, perdeva, a causa della sua inazione, un diritto; e tale favore, accordato dapprima all'assente, estendevano altresì a coloro i quali ignoravano l'esistenza del diritto che perdevano per non averlo esercitato. Siffatta teoria, che fin dal secolo XVI il D'Argentré chiamò *sogno*, trovava il suo substrato in un principio di equità riguardo agli interessi privati soltanto, e naturalmente apparve come una fantastica concezione allorquando le leggi, riconoscendo al tempo una efficacia costitutrice o modificatrice di rapporti giuridici, ebbero di mira la pubblica tranquillità e la riaffermazione del diritto come principio di ordine e di equilibrio nel seno della società.

Quantunque il diritto odierno non escluda l'influenza che il decorso del tempo può esercitare sull'assenza, tuttavia non è uguale nelle diverse legislazioni il concetto che informa siffatto istituto ([1]).

([1]) Taluni legislatori hanno equiparato l'assenza ad una presunzione di morte, attribuendo i diritti dell'assente agli

Il problema che si presenta, studiando la prescrizione relativamente all'assenza nel diritto internazionale, riguarda soltanto la determinazione della legge secondo la quale gli interessati possono respingere ogni azione promossa per far riconoscere qualsiasi diritto nascente dall'assenza ([1]) o, meglio ancora, riguarda la determinazione della legge secondo la quale deve misurarsi il decorrimento del tempo perchè siffatta azione possa giuridicamente essere accolta. La prevalenza accordata in tal caso, tra le leggi concorrenti, alla legge personale dell'assente ([2]) ri-

interessati dopo che, pronunziata la dichiarazione di morte, questa sia passata in giudicato; altri invece hanno considerato l'assente come un uomo la cui esistenza è incerta, ed hanno concesso agli interessati l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, concedendo l'immissione nel possesso definitivo dopo un periodo di tempo da contarsi o dall'immissione nel possesso temporaneo, o dalla nascita dell'assente o dalle ultime notizie della sua esistenza in vita.

([1]) Può tale azione essere promossa o dall'assente medesimo che ritorna, nel qual caso egli riacquista tutti i suoi diritti, giacchè contro l'assente non può prescriversi, (V. sul riguardo le disposizioni speciali contenute nei diversi Codici, e v. specialmente le osservazioni del Marcadé all'art. 132 nella sua *Spiegazione del Codice Napoleone*, Parigi, 1871, vol. I, pag. 554 e segg.), ovvero da colui, che avendo dei diritti nascenti dall'assenza pari o poziori di quelli spettanti agli altri che sono stati più solleciti nel farli valere, chiede, dopo un periodo di tempo di esserne investito.

([2]) Come legge personale dell'assente riconosciamo quella dello Stato, di cui l'assente è cittadino.

sponde al principio giuridico che sta a base della dottrina dell'assenza, per cui non è possibile una disgregazione senza scindere l'unità del principio medesimo [1]. Nessuno può essere infatti investito dei diritti nascenti dall'essenza se non quando questa sia stata secondo la legge personale dell'assente definitivamente pronunziata. Tale pronunzia avviene o dopo che la morte dell'assente può essere certa, tenuto conto del periodo di tempo trascorso dalla nascita di lui alla mancanza di notizie intorno alla sua esistenza, ov-

[1] Due sono state le opinioni prevalenti dei giuristi intorno all'istituto dell'assenza nel diritto internazionale. Taluni, considerando che le disposizioni riguardanti l'assenza mirano principalmente a conservare i beni appartenenti all'assente ed alla sua famiglia, riconoscono in esse il carattere dello statuto reale (v. LAURENT, *Droit civil international*, T. VI, § 336 e segg.). A questa teorica sta di fronte quell'altra che, considerando le disposizioni concernenti l'istituto della assenza nel loro insieme come ordinate a tutelare gli interessi della persona scomparsa, riconoscono in esse predominante il carattere dello statuto personale (v. FIORE, *Dr. int. priv.*, op. cit., pag. 448, n. 429, contrariamente a quanto aveva sostenuto lo stesso autore nella 1ª ed. 1869, Firenze, § 74-77). Un'opinione, che può chiamarsi mista, è quella del BOCHER, *Cours de droit international privé*, T. I, § 85-86) il quale riconosce che fanno parte dello statuto reale quelle disposizioni che concernono l'assenza, perchè mirano principalmente a conservare le cose ed i diritti che ad esse si riferiscono, ed ammette che la legge personale debba essere applicata soltanto per quello che riguarda gli effetti derivanti dalla assenza.

vero dopo che è trascorso un lungo periodo di anni, durante il quale una persona può acquistare per prescrizione i diritti nascenti dall'assenza. Diverse sono queste due prescrizioni, e se l'avente diritto volesse applicare la sua legge personale per opporre l'una o l'altra, potrebbero venir fuori queste due strane ipotesi: o la sua legge, stabilendo un periodo di tempo per prescrivere minore di quello determinato dalla legge personale dell'assente, gli farebbe opporre la prescrizione prima che altri avesse potuto eventualmente acquistare per prescrizione i medesimi diritti sull'assenza, ovvero — la seconda ipotesi — la legge dell'avente diritto, stabilendo un periodo di tempo per prescrivere maggiore di quello determinato dalla legge personale dell'assente, non gli potrebbe fare opporre la prescrizione, mentre secondo la legge regolatrice dell'assenza nessuno può quei diritti contrastargli. Sicchè l'utile che deriva dall'applicare in rapporto alla prescrizione uniformemente il principio regolatore dell'istituto dell'assenza oltre che di essere considerato nei suoi effetti prossimi, deve altresì valutarsi nella sua rispondenza alle leggi generali dell'evoluzione giuridica, venendo ad affermare in tal modo la certezza dei diritti e la pubblica tranquillità.

Matrimonio. — La teoria della nullità, ardua per tutti i rapporti di diritto, lo è maggiormente per

il matrimonio, contratto *sui generis*. La difficoltà nasce a causa della mancanza di un diritto uniforme in siffatta materia [1], ma, anche in questa parte, il nostro studio ha per oggetto di determinare soltanto secondo quale legge si prescrivono le azioni di nullità dirette contro un matrimonio.

In quanto a ciò è opportuno di seguire un certo ordine.

Età.— La mancanza del requisito essenziale dell'età è un fatto che nasce, avuto riguardo alla legge personale che appunto dell'età è legge regolatrice, e l'azione può sussistere in quanto la legge personale vi dà luogo. Quando tale legge, dopo un periodo di tempo od in seguito a determinate circostanze [2], viene a sanare il difetto originario, l'azione resta naturalmente frustrata nella sua ragion d'essere. È logico quindi che l'istanza di annullamento, fondandosi sopra una ragione del tutto privata, giacchè può essere promossa

(1) La convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 può dirsi che rappresenta una norma giuridica internazionale, fra gli Stati firmatari, per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio.

(2) L'azione per impugnare il matrimonio nel caso di difetto di età dei contraenti, oltre che prescriversi in virtù di un determinato decorrimento di tempo a contarsi dal giorno della compiuta età richiesta, può anche prescriversi quando la sposa, ancorchè sia giunta a tale età, sia incinta (v. art. 110 C. C. it.).

o dagli ascendenti prossimi [1], ovvero dal coniuge, deve prescriversi secondo la legge personale del coniuge contro cui l'azione viene intentata. Tale legge, e non quella del luogo ove il matrimonio è stato celebrato [2], la regolerà anche quando l'istanza puossi considerare fondata sopra una ragione di ordine sociale e di ordine pubblico interno.

Consenso. — I termini contro i quali può utilmente esercitarsi l'azione di nullità per determinare le conseguenze giuridiche del difetto o della mancanza di consenso degli sposi, devono essere regolati dalla legge personale del coniuge contro cui l'azione viene promossa. Ciò diciamo perchè il diritto di domandare l'annullamento di matrimonio per il mancato con-

[1] È molto discusso il caso nella dottrina se il coniuge, gli ascendenti, il consiglio di famiglia o di tutela possono rinunziare ovvero per altra causa possono perdere il diritto, che costituisce il loro interesse, di promuovere tale azione di nullità (v. BIANCHI, *Corso di diritto civile*, Torino, 1895, part. I, vol. 5, pag. 615-618).

[2] Questa legge giustificherà soltanto l'intervento del Pubblico Ministero, ancorchè a quest'ultimo la facoltà di promuovere tale istanza non è concessa dalla legge dello straniero contro cui si promuove, nel solo caso quando la mancanza dell'età richiesta dalla legge personale dello straniero, sia anche secondo questa legge causa di annullamento del matrimonio (v. FIORE, *Dr. int. priv.*, op. cit., vol. II, pag. 56).

senso, deve reputarsi ordinato a tutelare i diritti della personalità umana.

Anche la legge personale dell'uno o dell'altro contraente determinerà la prescrizione dell'azione di nullità di un matrimonio promossa dalle persone, delle quali il consenso era richiesto dalla legge.

Per quanto riguarda l'azione fondata sulla frode, sui raggiri e sul dolo, è logico l'affermare che essa si prescrive, stando siffatti vizi del consenso in rapporto alla legge che si sarebbe dovuta osservare, secondo la legge personale di colui il quale ne è vittima.

Capacità. — Le azioni di nullità di matrimonio riguardanti la capacità dei contraenti, si prescrivono secondo la legge personale del coniuge contro cui tale azione vuolsi proporre, miri essa all'impedimento per un matrimonio anteriore, per un ostacolo d'ordine religioso, per differenza di razza, di religione e di classe [1], od a quello per incapacità relativa della persona.

Diverse leggi possono contemporaneamente reclamare di essere applicate per stabilire i termini entro i quali l'azione di nullità fondata sul precedente matrimonio debba proporsi. Il quesito così genericamente presentato, acquista maggiore importanza nei

(1) Per queste cause d'impedimento v. Fiore: *Dr. int. priv.*, op. cit., vol II, pag. 71 e segg.

suoi dettagli, specie allorquando si pensa come il decorso del tempo influisca a far perdere alla persona una qualificazione giuridica che le è stata attribuita nelle sue relazioni con la famiglia e con lo Stato. L'esempio tipico che noi discutiamo si ha nell'azione di nullità per il matrimonio contratto dal coniuge di una persona assente (1).

La ragione perchè ci sembra preferibile la legge regolatrice dei rapporti di famiglia (2) nello stabilire

(1) Quantunque dovrebbe essere un principio generalmente accolto che a tale azione di nullità non debba giammai opporsi la prescrizione, tuttavia è opportuno indicare anche la legge applicabile a tale azione per il fatto di essere da talune legislazioni consentito al coniuge dello assente di contrarre nuove nozze. Secondo il Codice austriaco infatti e secondo quello neerlandese il coniuge abbandonato può celebrare altre nozze, facendo pronunziare dal Tribunale competente la dichiarazione di morte del coniuge assente. In Inghilterra e negli Stati-Uniti d'America, secondo la Common law, il coniuge di un assente può contrarre altre nozze, quando l'assenza sia protratta per un periodo di sette anni. Tutti questi sistemi urtano, come si rileva di leggieri, con quell'altro che, ritenendo il matrimonio indissolubile sino alla morte di uno dei coniugi, non autorizza il coniuge di un assente a contrarre un nuovo matrimonio, a meno che non somministri la prova della morte dell'assente.

(2) Opinioni diverse sono state sostenute dagli scrittori per determinare la legge regolatrice dei rapporti di famiglia. È nota la dottrina accettata nel diritto anglo-americano che, equiparando il matrimonio a qualsisia altro contratto, dà tutta l'importanza all'autorità delle parti ed ammette che il

i termini entro i quali tale azione debba proporsi, qualora sia il caso di proporla, la troviamo nel fatto che, dipendendo la nullità del secondo matrimonio dalla sussistenza del vincolo coniugale precedente, occorre anzitutto determinare se tale vincolo debba o no ritenersi insussistente. Di certo questa prova non può essere fornita che dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, che sono la conseguenza dello stato di famiglia. La prevalenza di qualsiasi altra legge lederebbe senza dubbio il diritto dell'assente, giacchè il vincolo coniugale può solo sciogliersi a norma delle condizioni prescritte dalla legge sotto cui fu costituito.

Talvolta però la natura stessa dell'azione di nullità, fondata sul precedente matrimonio, reclama per

matrimonio deve essere retto dalla legge del luogo, nel quale è stato celebrato, o da quella alla quale i contraenti si sono riferiti nel celebrarlo. Altra dottrina propugna l'applicazione della legge del domicilio matrimoniale. Il SAVIGNY ammette che il domicilio del marito determina il diritto locale del matrimonio, perchè il marito è capo della famiglia e perchè il *vinculum juris* ha origine nel domicilio del marito. Noi aderiamo a quella scuola la quale insegna, che qualunque potesse essere il luogo dove il matrimonio fosse celebrato, esso dev'essere retto dalla legge dello Stato, del quale è cittadino l'individuo, nel momento in cui egli è divenuto marito (v. FIORE: *Dr. int. priv.*, op. cit., part. gen., cap. II, n. 71).

stabilire i termini secondo cui tale azione può intentarsi, l'applicabilità della *lex loci actus*, cioè della legge del luogo di celebrazione del matrimonio. Ciò avviene allorquando a norma di siffatta legge, che proibisce la poligamia e qualifica come un reato la bigamia, i fatti che dànno fondamento all'azione costituiscono un impedimento assoluto a che il matrimonio, sotto la sua autorità contratta, abbia veramente legale esistenza (1).

Quale legge determinerà il tempo utile ad esperire un'azione di nullità, allorquando un matrimonio viene celebrato contro il divieto assoluto di uno dei casi previsti dalla legge di celebrazione?

Occorre distinguere: se tale divieto non apporta la nullità del matrimonio, perchè non rientra nei casi di nullità richiesti dalla legge nazionale dei coniugi, è chiaro che qualsiasi azione di nullità proposta riesce evidentemente inammissibile; se invece i casi di nullità previsti dalla legge del luogo di celebrazione co-

(1) La convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio ha stabilito che un matrimonio anteriore o un ostacolo di ordine religioso non potrebbe avere per conseguenza la nullità del matrimonio nei paesi diversi da quello dove fu celebrato. Secondo tale disposizione quindi sarebbe inammissibile qualsiasi azione di nullità fondata su quanto dispone la legge del luogo di celebrazione.

stituiscono anche dei casi di nullità contemplati dalla legge nazionale dei coniugi, allora è facile affermare che il tempo utile perchè l'azione di nullità possa dirsi ammissibile, deve essere determinato dalla legge nazionale dei coniugi. E ciò perchè all'interesse di tutelare il diritto sociale e l'ordine pubblico del luogo di celebrazione si sovrappone l'interesse di tutelare il diritto personale degli sposi (1).

Un' ultima questione che riguarda la legge regolatrice per la prescrizione dell'azione di nullità del matrimonio, è quella concernente l'impotenza di uno dei coniugi.

Validissime ragioni ci inducono ad affermare che i termini entro cui tale azione di nullità possa proporsi, debbono essere regolati dalla legge personale del co-

(1) Reputiamo opportuno di richiamare quanto per siffatta materia è stato stabilito dalla testè citata Convenzione dell'Aja. A fine di regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio, è stabilito che il matrimonio celebrato contro uno dei divieti prescritti dalla legge del luogo della celebrazione non sarà nullo, purchè sia valido secondo la legge nazionale di ciascuno dei coniugi. Si noti che la legge del luogo della celebrazione può vietare il matrimonio degli stranieri, che fosse contrario alle sue disposizioni concernenti: 1° I gradi di parentela o di affinità per i quali esiste un divieto assoluto; 2° il divieto assoluto di matrimonio fra i colpevoli dell'adulterio a causa del quale il matrimonio di uno di essi è stato sciolto; 3° il divieto assoluto di matrimonio fra le persone condannate per avere attentato di concerto alla vita del coniuge di una di esse.

niuge che intenta l'azione. L'abnegazione di quest'ultimo infatti che nel mistero impenetrabile e profondo del talamo nuziale ha voluto celare, pascendosi forse di vane speranze, le naturali ed evidenti cause della mancata procreazione, che, se non rappresenta la finalità più elevata e l'estremo indispensabile nel matrimonio, costituisce evidentemente di esso uno scopo precipuo, non deve riuscire in un fatto lesivo di un suo diritto. Noi non andiamo all'eccesso affermando, come taluno propugna [1] che questa azione di nullità debba giudicarsi imprescrittibile; osserviamo solo che il volere ammettere la decorrenza dei termini per proporla a norma della legge personale del coniuge contro cui l'azione è proposta, od il volere ammettere invece la prevalenza della legge regolatrice della società coniugale, conduce a conclusioni poco esaurienti. Giacchè quale interesse potrebbe avere la legge personale del coniuge contro cui l'azione viene intentata di garantire e rendere immutabile in virtù del decorso del tempo uno stato di fatto imperfetto, e vuolsi anche immorale? Parimenti quale interesse potrebbe spiegare la legge regolatrice dei rapporti di famiglia, per perpetuare un tale stato di fatto che non riveste tutti gli elementi per la sua completa esistenza e finalità e che offende l'interesse sociale?

Queste ragioni sono sufficienti a farci affermare

[1] CHIRONI, *Questioni di diritto civile*, V. I, II, III.

che i termini perchè l'azione di nullità fondata sull'impotenza possa proporsi, debbono essere determinati a norma della legge personale del coniuge che la promuove, dappoichè egli solo è arbitro di alzare o non alzare i veli di siffatto mistero.

Forme. — Le azioni di nullità per ciò che riguarda le formalità richieste nella celebrazione del matrimonio, sono comunemente fondate o sulla mancanza delle pubblicazioni ufficiali destinate a far conoscere l'intenzione di celebrare il matrimonio, ovvero sulla incompetenza delle persone che lo hanno celebrato. I termini entro cui tali azioni possono essere proposte variano naturalmente a seconda della legge che deve regolarle.

Così l'azione per la mancata pubblicazione si prescrive a norma della legge personale del coniuge contro cui viene promossa. Ciò perchè, rappresentando la mancanza della pubblicazione un vizio di forma a fronte della legge che la impone, è logico che, allorquando in virtù del tempo che essa stabilisce quel vizio vien sanato, qualsiasi origine contro di esso deve necessariamente andar prescritto [1].

[1] Riguardo a ciò la sudetta Convenzione dell'Aja al 3° alinea dell'art. 5 stabilisce: Le disposizioni della legge nazionale, in materia di pubblicazioni, dovranno essere osservate; ma la mancanza di queste pubblicazioni non potrà avere per conseguenza la nullità del matrimonio, nei paesi diversi da quello la cui legge sia stata violata.

Maggiore difficoltà presenta la determinazione della legge in forza della quale si prescrivono le azioni di nullità fondate sulla incompetenza della persona avanti a cui il matrimonio è stato celebrato.

È noto che in parecchi Stati la celebrazione del matrimonio è affidata, anche per gli effetti civili, ai ministri del culto, mentre in altri Stati l'istituto del matrimonio, attraversando un periodo di trasformazione, è stato secolarizzato [1]. Non è còmpito nostro toccare delle molteplici controversie a cui siffatta diversità di leggi ha dato luogo per i matrimoni celebrati all'estero; qui a noi soltanto interessa di determinare la legge relativa alla prescrizione delle azioni di nullità, concernenti la competenza rispetto al matrimonio, come atto di stato civile. Per non fraintenderci, poniamo così il problema: il termine utile per proporre un'azione di nullità fondata sulla incompetenza della persona davanti a cui è stato celebrato il matrimonio, e che era incompetente a celebrarlo secondo la legge personale di uno dei contraenti, od anche di entrambi, deve essere determinato dalla legge locale della celebrazione?

A noi pare che l'argomento decisivo si fondi

[1] Per la difformità delle leggi a riguardo delle persone chiamate a celebrare il matrimonio, v. Fiore: *Dr. int. priv.*, op. cit, vol. 2, pag. 67, nota I.

nell'affermare o nel negare se rispetto al matrimonio il rito civile od il rito religioso sia una questione di forma che cada sotto la regola *locus regit actum* [1]. Questa indagine, che ha formato obietto di profonde considerazioni da parte dei giuristi, non può essere da noi qui studiata incidentalmente. Si è perciò che per inquadrarla al caso in esame occorre anzitutto osservare che altra cosa è la competenza giuridica indispensabile per l'esistenza dell'atto, se questa, cioè, debba essere attribuita alla potestà civile od alla potestà ecclesiastica, e che costituisce una forma intrinseca della celebrazione, ed altra cosa è quello che concerne la forma con la quale si può procedere alla celebrazione del matrimonio, cioè, la solennità estrinseca. Tenendo presente siffatta distinzione noi reputiamo che l'azione, allorquando mira ad attaccare la competenza giuridica della persona davanti cui il matrimonio fu celebrato, dev'essere intentata nei termini prescritti dalla legge personale del coniuge contro il quale si promuove, giacchè si tratta della sussistenza giuridica di un atto viziato nella sua sostanza, di una solennità insomma che non può cadere sotto la regola *locus regit actum.* Quest'ultima invece regolerà

(1) Al 2° alinea dell'art 5 della medesima Convenzione è disposto: I paesi, la cui legislazione esige una celebrazione religiosa, potranno tuttavia non riconoscere come validi i matrimoni contratti dai loro nazionali all'estero senza l'osservanza di questa prescrizione.

la prescrizione dell'azione relativa solamente quando i contraenti, essendo cittadini dello stesso paese e non contraendo il matrimonio nella propria legazione all'estero, si sottomettono volontariamente a prestare il loro consenso davanti alle autorità competenti secondo la legge del luogo dove il matrimonio è celebrato.

Filiazione legittima. — Nessun dubbio che le azioni per impugnare la condizione di legittimità del figlio nato durante il matrimonio si prescrivano secondo la legge regolatrice dei rapporti di famiglia. Il principio non è però di così facile applicazione allorquando il padre ed il figlio hanno cittadinanza diversa [1].

Si domanda allora: quale delle due leggi concorrenti regolerà i termini per proporre l'impugnazione di stato?

Per essere più precisi bisogna anzitutto affermare se il figlio, avendo una personalità distinta da quella del padre, ha il diritto di promuovere una azione di reclamo o d'impugnazione di stato a norma della propria legge personale.

L'affermazione della personalità del figlio distinta

(1) La diversità di cittadinanza tra padre e figlio può avvenire od in conseguenza dell'avere il padre mutata la cittadinanza dopo la nascita del figlio, od in conseguenza di essere quest'ultimo nato in uno Stato, la cui legge attribuisce la cittadinanza a chiunque sia nato nel suo territorio.

da quella del padre, contrariamente a quanto è stato ammesso nell'antico diritto [1], altro non fa che riconoscere nel figlio un diritto personale per reclamare od impugnare lo stato, e non mai fa distinguere il diritto dell'una persona da quello dell'altra rispetto alla legge, su cui si fonda, unico essendo il fondamento di tali diritti apparentemente distinti, cioè a dire, il fatto naturale della generazione che dà luogo al rapporto giuridico. Come il mutamento di cittadinanza del padre non può far perdere al figlio i diritti acquistati secondo l'originario statuto personale della famiglia, così il nascimento del figlio nel territorio di uno Stato che a questi attribuisse la cittadinanza per il dato e fatto della nascita, non può autorizzarlo a reclamare, a norma della legge di questo Stato [2], un diritto che trova precisamente il suo fondamento nel fatto naturale della generazione.

Il fin quì detto ci basta adunque per affermare che il termine perchè possa utilmente intentarsi l'azione di reclamo o d' impugnazione di stato deve essere

[1] Un tempo il padre ebbe nel suo dominio, quasi come cose, moglie, figli, schiavi; egli solo era persona. Le consuetudini germaniche al dominio sostituirono la protezione.

[2] Al principio che attribuisce al figlio la cittadinanza dello Stato in cui è nato, *jure territorii*, sta di fronte quell'altro che, fondandosi sulle naturali tendenze degli uomini, sulla omogeneità degli affetti e dei sentimenti, attribuisce al figlio la cittadinanza del padre.

retto dalla legge regolatrice dei rapporti di famiglia, che dovrà essere applicata anche nel caso che l'azione sia diretta contro la madre, per determinare le persone autorizzate a promuoverla ([1]).

FILIAZIONE NATURALE. — Diversi essendo i sistemi legislativi riguardo ai diritti cui può dar luogo la filiazione naturale, diverse necessariamente possono essere le considerazioni a farsi sull' influenza che il tempo deve esercitare su l'esercizio di tali diritti.

L'applicabilità dello statuto della famiglia è chiaro come non possa trovare una giuridica giustificazione, dappoichè nella specie non esiste una famiglia giuridicamente costituita. Due leggi quindi, supposto che l'una sia diversa dall'altra, possono regolare la prescrizione dei diritti relativi a questo stato: o quella personale del genitore o quella personale della prole nata dall'illecito connubio.

Senza dilungarci a riportare lo stato della dottrina su questa materia, diciamo solo che è una logica conseguenza di considerare come dichiarativa e

([3]) L'azione per reclamare il possesso di stato di figlio legittimo, in mancanza dell'atto di nascita, ancorchè tale possesso si sia verificato sotto l' impero della legge territoriale ed abbia i caratteri da tale legge richiesti, riteniamo che possa esercitarsi sempre entro i termini stabiliti dallo statuto della famiglia e non mai entro quelli determinati dalla legge territoriale.

non attributiva di diritti la legale constatazione della filiazione naturale, l'attribuire l'autorità alla legge personale del genitore. E l'affermazione trova il suo substrato nel rapporto di fatto che vuol legalizzarsi e che dev'essere in armonia con lo statuto al quale rimane soggetto (1).

Ritenuto adunque che la legittimazione è una conseguenza giuridica del matrimonio, ne deriva necessariamente che la legge personale del padre, come regola il matrimonio e le sue conseguenze giuridiche, deve così regolare tutte le azioni che dalla legittimazione dipendono, sia quanto al proporle, sia quanto al termine per intentarle (2).

Ugualmente è a dirsi per le conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione, ciò appunto perchè, l'adozione, imitando la famiglia naturale, viene a sta-

(1) Si consideri l'offesa alle leggi di ordine pubblico, le quali reggono lo statuto della famiglia, allorquando da queste leggi regolatrici sono vietate le ricerche sulla paternità o sulla maternità. Si considerino altresì le conseguenze, allorquando, prevalendo la legge personale della prole, quest'ultima può venir caratterizzata, a norma dello statuto di famiglia, cui viene a sottoporsi, come prole adulterina od incestuosa.

(2) Nell'applicare tale principio non v'ha luogo a distinguere la legittimazione *per subsequens matrimonium* da quella *per rescriptum principis*, ancorchè l'azione in questa seconda forma si faccia valere in un territorio dove non governa il sovrano che conferì il privilegio.

bilire un rapporto giuridico analogo a quello che risulta dalla filiazione legittima.

Tutela. — Il contenuto delle prescrizioni relative alla tutela, si riassume nell'azione che ha il minore per costringere il tutore a rendere il conto della tutela, a pagare il reliquato con gli interessi ed a risarcire i danni cagionati nell'esercizio della tutela. Questa azione, chiamata *diretta*, differisce da quella *contraria* che spetta al tutore per ottenere il rimborso delle spese fatte durante l'amministrazione della tutela, per ottenere la liberazione delle obbligazioni contratte a causa della gestione medesima, e per costringere il pupillo a ricevere il rendimento del conto [1]. Il problema, nella ipotesi che la cittadinanza del minore sia diversa da quella del tutore, si presenta in questi termini: secondo quale legge si prescrivono le azioni del minore contro il tutore, e quelle del tutore verso il minore?

Quanto all'azione *diretta* tutto deve dipendere

[1] L'azione *diretta* e l'azione *contraria* erano ammesse nel diritto romano. Nelle XII tavole si riconoscevano a favore del pupillo tre specie di azioni: l'*accusatio suspecti tutoris*, l'*actio rationibus distrahendis* e l'*actio tutelae contraria* per domandare la rifazione delle spese (*impensae*) incontrate nella gestione (v. Serafini: *Istituzioni di diritto romano*, Modena, 1899, vol. II, pag. 269-271).

dalla legge personale del minore [1], dappoichè si tratta di un diritto a quest'ultimo appartenente. D'altronde dal principio comunemente ammesso della universalità della tutela [2] consegue che l'amministrazione di essa deve regolarsi a norma della legge che vi ha dato nascimento, e sotto l' impero della quale la tutela è stata esercitata.

Di così facile soluzione non sembra a prima vista la determinazione della legge regolatrice dell'azione *contraria* di tutela. Si potrebbe obiettare che potendo il tutore in forza dell'*actio tutelae con-*

[1] Nella teorica tradizionale è il domicilio del minore che determina lo statuto. Alla legge del domicilio è stata sostituita dalla scuola italiana la legge nazionale dello impubere. (V. CATELLANI: *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi.* Torino, 1902, vol. II, pag. 209). La Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 in quanto stabilisce che la tutela dei minori è regolata dalla loro legge nazionale (art. I), che in ogni caso la tutela si apre e cessa nel tempo e per le cause determinate dalla legge nazionale del minore (art. 5), e che l'amministrazione della tutela si estende alla persona del minore e al complesso dei suoi beni, dovunque siano situati, a meno che la legge di situazione non li sottoponga ad un regime fondiario speciale (art. 6), rappresenta, per gli Stati firmatari, una norma giuridica internazionale.

[2] È vero che il principio della universalità della tutela è generalmente ammesso, nel senso da potersi dire che esso è una regola del diritto delle genti, ma, come esattamente osserva LAURENT (*Dr. civ. intern.*, op. cit., vol. VI, pag. 75), l'accordo non è ancora unanime.

traria, costringere l'amministrato a rimborsarlo delle spese occorse durante la gestione, a liberarlo dalle obbligazioni a causa della tutela contratte, ed a riceversi il conto, egli può far valere un diritto che gli appartiene a mezzo di un'azione che si prescrive secondo la legge personale del titolare.

La questione in tali termini è mal risoluta, perchè mal posta.

Il contenuto infatti dell'azione contraria, rappresentando degli effetti che derivano dalla gestione tutoria, ha la sua causa efficiente e giuridica nell'amministrazione, coordinata a difendere gl'interessi personali e patrimoniali dell' incapace. Se il tutore, di fronte all'onere per l'obbligazione da lui contratta al momento di assumere la tutela, deferitagli in forza della legge nazionale del minore [1], ha un diritto da far valere contro l'amministrato, occorre avvertire che questo non è un diritto propriamente detto, giacchè, essendo una conseguenza dell'amministrazione, si riattacca al diritto principale, e a norma della legge regolatrice di tale diritto, dev'essere esercitato.

Nel tracciare i criterî direttivi del presente studio, facemmo una riserva circa la necessaria indagine sul-

[1] Per decidere quali persone possono essere ammesse e quali escluse dagli uffici tutelari, bisognerà riferirsi alla legge personale del minore. (V. Fiore: *Dr. int. priv.*, op. cit., vol. I, pag. 485).

l'esistenza di norme giuridiche internazionali relative alla prescrizione, e sulla funzione, in mancanza di queste, che esercitano in siffatto istituto le norme giuridiche interne in materia internazionale.

Adesso, sciogliendo quella riserva ed esaminando i principî applicati ai diversi istituti riguardo alla prescrizione dei diritti nascenti dalla legge, diciamo che se essi non possono essere veramente considerati come norme giuridiche internazionali relativi alla materia di cui parliamo, tuttavia trovano il loro presupposto in taluni principî internazionali, quantunque nella specie possano apparire ben pochi e molto generali.

Il principio più generale e nello stesso tempo più importante è quello che ogni Stato deve trattare gli stranieri come subietti di diritto. Che tale regola porti il carattere dell'imperativo giuridico internazionale, cioè a dire che sia riconosciuta, dalla comune volontà degli Stati, nel limitare l'arbitrio di ciascuno di essi riguardo agli stranieri che si trovano nel loro territorio, non sembra ormai dubbio [1] tanto

[1] Per accertare se uno Stato sia obbligato verso gli altri Stati a riconoscere la personalità dello straniero ed in qual modo, si distingua il *dovere morale* dello Stato di proteggere la persona umana come tale, dal *dovere giuridico internazionale* in forza del quale si esige il riconoscimento di una capacità giuridica nello straniero. Le ragioni per le quali ogni Stato è a ciò giuridicamente tenuto verso gli altri

che può considerarsi come un generale presupposto implicitamente contenuto nei diritti che vengono agli stranieri concessi [1]. Per precisare intanto il rapporto di questo principio con la materia di cui parliamo è necessario affermare se, allorquando la capacità generica ed astratta dello straniero si specifica in diritti concreti, dando una base propria alle diverse categorie di diritti individuali, il riconoscimento da parte di ogni Stato del valore e dell'efficacia delle leggi degli altri Stati, rappresenta una norma inter-

Stati, che ne possono reclamare l'osservanza in quanto stanno di fronte ad un principio imposto dal diritto internazionale e riconosciuto dallo Stato, e non in quanto quel principio, quantunque attinente ai rapporti internazionali, sia sanzionato in una legge interna non si possono esporre qui incidentalmente (v. ANZILOTTI: *Giudizi interni*, op. cit., pag. 134, nota I).

[1] Si tengano presenti le differenze oscillanti nei diversi sistemi circa l'uguaglianza degli stranieri ai cittadini nel campo dei diritti privati, circa l'assimilazione dello straniero al nazionale in rapporto ai diritti pubblici propriamente detti ed ai diritti politici (V. la nostra *Clausola della nazione più favorita*: op. cit., pag. 225), e circa le diverse limitazioni e condizioni alle quali sono sottoposte. (V ESPERSON: *Condizione giuridica dello straniero*, Torino, 1890). Si pensi, per quanto riguarda il diritto procedurale, alla posizione dello straniero nel processo, alla sua capacità processuale, che comprende così la capacità di essere parte nel processo, che la capacità di stare in giudizio (V. FEDOZZI, op. cit., cap. I).

nazionale e quindi un dovere giuridico internazionale ([1]).

In un gran numero di casi questo imperativo giuridico internazionale, manifestandosi, a differenza dell'imperativo giuridico nel diritto interno, poco determinato e concreto, apporta all'impossibilità di formulare un completo sistema di principî giuridici positivi desunti dal diritto internazionale con cui lo Stato deve riconoscere la competenza esclusiva di una legge.

Così una riprova si ha nell'applicazione della legge personale per ciò che si riferisce alle qualità giuri-

([1]) L'obbligo giuridico degli Stati a riconoscere ed applicare le leggi straniere può essere affermativamente o negativamente dimostrato (V. ANZILOTTI, *Giudizi interni*, op. cit., pag. 135 nota I). Parlandosi però di *dovere giuridico* è opportuno bene intendere che desso deve avere il suo fondamento in una norma di diritto, non potendosi necessariamente fondare su di una pretesa di convenienza e di esigenze morali. Lo Stato quindi non può avere doveri giuridici internazionali all'infuori di quelli derivanti dalla comune volontà degli Stati e di cui forma parte integrante, o meglio ancora l'applicazione del diritto straniero non diventa un *dovere giuridico internazionale* per lo Stato se non quando, a prescindere dalla libertà che esso ha di determinare i modi ed i limiti di applicare il diritto straniero, deriva da una norma giuridica internazionale. Ma se il diritto straniero viene applicato in forza di una disposizione di diritto interno si avrà allora sempre un dovere giuridico dello Stato nell'applicarlo, ma un dovere che si risolve in un imperativo giuridico di diritto interno anzichè in un imperativo giuridico internazionale.

diche fondamentali della persona, sia nell'ordine privato, sia nell'ordine pubblico [1]. Il comune consenso infatti, che fa del principio una norma internazionale, si arresta proprio quì, cioè, in questa regola generale dappoichè quando si tratta di determinare il contenuto di questa parte del diritto, sottoponendolo ad un sistema, in seno al principio stesso incomincia la divergenza cui dànno luogo i due criterî che si presentano della cittadinanza e del domicilio. Coefficiente della divergenza è la diversità con cui viene confermato il principio consuetudinario internazionale nel diritto positivo, il quale, se non fa perdere alla regola quel carattere d'internazionalità che seco porta impresso, le attribuisce però il carattere formale di una legge interna in materia internazionale [2].

[1] È questo l'antico concetto dello statuto personale che limita l'assoluta territorialità della legge relativamente allo stato ed alla capacità della persona.

[2] Anche se esistesse la concordanza intrinseca di disposizioni legislative in vari Stati nel determinare che *lo stato e la capacità* della persona dev'essere retta dalla legge dello Stato di cui la persona è cittadina, o dalla legge del suo domicilio, ciò non autorizza ad affermare l'esistenza di una corrispondente norma di diritto internazionale. Si potrà parlare allora di un *diritto uniforme* relativo alla materia, fondato su manifestazioni di volontà degli Stati identiche ma isolate, e non mai di una norma giuridica internazionale che, per essere tale, deve fondarsi su manifestazioni degli Stati reciproche e corrispondenti.

A noi, che cerchiamo di dimostrare l'esistenza di una norma giuridica internazionale relativa alla prescrizione dei diritti nascenti dall'assenza, dal matrimonio, dalla filiazione legittima e naturale, dalla tutela, s' impone anzitutto la necessità di accertare l'esistenza di un accordo di volontà degli Stati, e quindi una norma obbligatoria della loro condotta, intorno a siffatta materia.

Se le risultanze dell' indagine finora fatta non sono completamente negative, bisogna però convenire che ci forniscono principî giuridici internazionali assai scarsi e poco determinati. E che veramente sia così, non ci sembra difficile dimostrare.

Un principio di diritto internazionale è quello infatti che obbliga gli Stati a riconoscere il valore delle leggi straniere. Per noi questo principio si traduce in ciò: il tempo può influire su l'esercizio di un diritto nato all'estero senza che vi si opponga il principio dell'assoluta territorialità della legge.

L'affermazione che precede si completa e si integra, perchè intimamente ad essa legata, con l'accertamento dell'esistenza di quell'altra norma consuetudinaria internazionale che vuole applicata la legge personale allo stato ed alla capacità della persona.

Come e quanto i principî esposti si riattaccano alla determinazione della legge regolatrice della prescrizione negli istituti presi ad esame è facile il constatarlo, allorquando si è affermata la prevalenza della

legge personale. Ma al di là di siffatti limiti, pensando alle differenze gravi e profonde che incominciano in seno al principio generale al momento di castigarlo con un sistema, nulla più può darci la nostra ricerca. Occorre quindi passare all'altra indagine sull'esistenza di norme giuridiche interne in materia internazionale relative alla prescrizione dei diritti nascenti dalla legge.

Come dalla concordanza di leggi interne in materia attinente alle relazioni fra gli Stati e da essi liberamente applicate, possa risultare la formazione di una norma giuridica obbligatoria della loro condotta viene dimostrato dalla volontà degli Stati di comportarsi in quel dato modo. Perciò, oltre alla determinazione contenuta in ciascuna legislazione della norma competente a regolare la prescrizione dei diritti nascenti dalla legge, dovrebbe ancora riscontrarsi la volontà degli Stati di applicare costantemente quella norma. Ma l'inesistenza del primo elemento ci dispensa dal procedere ancora oltre in questa ricerca, la quale non può darci che risultati decisamente negativi.

CAPITOLO IV.

La prescrizione dei diritti nascenti dal fatto dell'uomo.

Anche nel fatto dell'uomo trova la sua ragione d'essere l'istituto della prescrizione. Ma, potendo tal fatto essere *lecito* e costituire un *contratto* od un *quasi-contratto*, e potendo essere *illecito* e costituire un *delitto* od un *quasi-delitto*, si rende necessario uno studio sistematico sull'influenza del tempo attraverso siffatti istituti (1).

CONTRATTO.— Chi volesse studiare separatamente le diverse specie di contratti per determinare la legge a norma della quale si prescrivono le azioni da essi na-

(1) Questa quadruplice distinzione risponde a quella adottata nella codificazione giustinianea in *obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio.*

scenti, data l'impossibilità di prevedere i conflitti tra tutte le leggi di tutti i paesi, affronterebbe un lavoro altrettanto fastidioso quanto incompleto nei suoi risultati. D'altronde, trattandosi di obbligazioni convenzionali, stimiamo soltanto sufficiente, perchè la scienza raggiunga il suo scopo precipuo che è quello di stabilire le norme che risolvono le contestazioni, di tener presente i principî generali delle obbligazioni per determinare ciò che dipende dall'autonomia delle parti e ciò che si riferisce alla capacità dei contraenti o all'interesse della società ([1]).

Anzitutto una distinzione fondamentale deve esser fatta fra le varie specie di diritti nascenti dalle obbligazioni, cioè a dire fra *jura in rem* e *jura in personam*. Ma poichè la scienza del diritto esige che alla chiarezza del pensiero risponda la purezza del linguaggio, evitando, nella sfera del possibile s'intende, le espressioni inesatte, occorre di precisare primieramente se in realtà puossi ben dire che tutte le azioni nascenti da diritti reali possono estinguersi in virtù della prescrizione.

Ogni diritto reale, supponendo una *cosa corporea*, mobile od immobile, sembra a prima vista che

([1]) Ciò premettiamo perchè non si caratterizzi come una lacuna nel presente studio l'affermazione di principî generali soltanto che determinano la legge regolatrice della prescrizione in materia di obbligazioni convenzionali.

debba dar luogo ad un'azione che si estingue soltanto per usucapione, appunto perchè negli effetti d'ordine reale non può sorgere *prescrizione* per una parte se non si verifica *usucapione* per l'altra.

Questo principio è vero ed incontestabile per il *dominio*, che è il diritto reale per eccellenza. Perchè il proprietario perda infatti il suo diritto, non basta che trascuri di esercitarlo per un determinato periodo di tempo, giacchè l'usarne od il non usarne a suo arbitrio rappresenta per lui una facoltà, un diritto assoluto, ma occorre altresì, per perderlo, che altri possieda la cosa per il tempo prescritto dalla legge. Vi sono però dei diritti reali che hanno per obietto il *godimento* della cosa e che si estinguono col non uso. È precisamente a questa categoria di diritti reali che si applica la prescrizione.

Il diritto personale, consistendo nel rapporto giuridico di una persona (creditore) con un'altra persona (debitore) può talvolta avere per obietto una cosa mobile od immobile; tal'altra l'obbligazione di fare o di non fare può comprendere un semplice fatto [1], senza che l'effetto dell'obbligazione sia di

[1] L'avere considerato il diritto personale come quel diritto che si esercita contro la persona che si è obbligata a prestare la cosa, ha fatto supporre al Pothier che vi sia sempre una cosa la quale formi l'obietto dei diritti, quali che siano, e gli ha fatto chiamare *jus in re*, diritto reale, il diritto che si ha in una cosa, e *jus ad rem*, diritto per-

mettere il creditore in possesso di una cosa, nessuna cosa essendovi che formi obietto dell'obbligazione ([1]).

Dopo ciò chiaro apparisce il campo delle ricerche intorno al nostro problema. La formazione storica che è venuto assumendo l'argomento che ci interessa, quantunque lo stato della dottrina rappresenti una pagina di storia che riflette il pensiero profondamente filosofico e giuridico su di un' importante parte del diritto internazionale privato, meglio ancora dall'enumerazione dei nomi e degli scritti dei giuristi che se ne sono occupati, risulterà da un fugace esame

sonale, il diritto che si ha per rapporto ad una cosa, e diritto di *credito*, espressione usata dagli scrittori di diritto romano, il diritto veramente personale in opposizione al diritto reale. (Laurent, *Dr. civile*, op. cit., vol. VI, pag. 66).

([1]) Inopportuna non sarà qui l'avvertenza di non confondere le reali e personali con le azioni mobiliari ed immobiliari, e segnatamente di non prendere per personali le prime e per reali le seconde, imperocchè quelle possono essere anche reali e queste personali. Un esempio di azione reale mobiliare si ha nella rivendicatoria di una cosa mobile; un esempio invece di azione personale, sebbene immobiliare, si ha in quella diretta ad ottenere dal venditore la consegna dell'immobile venduto. Questo abbiamo voluto notare perchè nel linguaggio giuridico non si dia il nome di azioni personali a quelle che concernono i mobili, e di azioni reali o di materie reali a quelle che hanno per obietto un immobile. (Demolombe: *Cours de Code Napoleon*, t. IX, pag. 357, n. 465).

critico delle opinioni messe avanti per risolvere in un senso o nell'altro il grave problema.

Che un'affermazione decisiva sull'argomento esista per opera della dottrina è smentito anche dalla giurisprudenza che, accompagnando e sorreggendo saltuariamente i diversi sistemi, dimostra la mancanza degli elementi che dovrebbero servire di guida precipua a determinare le ragioni per esprimere un sicuro giudizio.

Le opinioni dei giuristi, intravedute attraverso i caratteri d'un ordine generale, si risolvono in tre idee principali che si riattaccano a tre sistemi, dei quali l'uno si preoccupa della personalità delle parti contraenti, l'altro dell'interesse della società, il terzo esclusivamente dell'obbligazione considerata in sè stessa.

Le prime manifestazioni della dottrina per accordare la prevalenza alla legge personale delle parti contraenti, si aggirano intorno all'applicabilità della legge più favorevole al creditore o al debitore. Le applicazioni diverse di cui è suscettivo il principio generale nelle forme che viene ad assumere, ci dànno numerose riprove negative del valore teorico e pratico del principio medesimo. Così informi tutta la soluzione del problema l'applicabilità della legge più favorevole al creditore (1), o quella del suo domici-

(1) TITTMANN: *De competentia legum*, pag. 12.

lio ([1]), ovvero la legge del domicilio del debitore ([2]) o quella che fra le due concorrenti del domicilio del creditore e del debitore, stabilisce un periodo di tempo più breve per assicurare a quest'ultimo la pronta liberazione dell'obbligazione ([3]), a noi sembra che non

([1]) POTHIER: *De la prescription*, n. 251.

([2]) BOUHIER: *Observation sur la coutume de Bourgogne*, cap. XXXV, n. 3. DUNOD: *De la prescription*, part. I, cap. XIV. MERLIN: *Répertoire*, (*Prescription*), sez. I, § III, n. VII e *Questions de droit* (*Prescription*), § 15. BOULLENOIS: *De la personalité et de la rèalitè des statuts*, t. I, pagg. 364-365. Questo autore fa una riserva per il caso in cui il pagamento sia fissato in un determinato luogo, propugnando allora l'applicabilità della legge del luogo ove deve farsi il pagamento. PARDESSUS: *Cours de droit commercial*, § 1495. STOBBE: *Deutsches Privatrecht*, 2ª ed., t. I, pag. 233 e segg. GRAWEIN: *Verjährung und Befristung*, 1880, pag. 56 e 201, (vedi le argomentazioni di quest'autore contradette da SCHWALBACH in JHERINGS JAHRBÜCHER, *Band XX*). THÖL (*Einleitung in des deutsche Privatrecht* 1850, § 85), sostenendo la sua teorica, tiene in grande considerazione l'indigeno. BROCHER: *Cours de droit international privé*, t. II, pag. 408. BAR: *Das internationale Privat und Strafrecht*, pag. 287 e *Kritische Vierteljahrsschrift*, pag. 60-98. Anche il punto di partenza del v. Bar è questo, che egli chiede un'eccezionale applicazione della *lex domicilii debitoris;* questa dovrà a mezzo della prescrizione essere protetta contro dubbiose pretese, e questo riguardo dev'essere al debitore offerto come protezione. Però se un indigeno incontra all'estero una convenzione che colà dovrà essere soddisfatta, allora è il caso di decidere sull'applicazione della legge che regola la convenzione.

([3]) MÉRIGNHAC: *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations en droit international privé*. Paris, F. Pichon, 1884, pag. 24.

venga a darsi alla questione il vero significato e la esatta soluzione che le spetta nel sistema generale del diritto internazionale privato.

E valga il vero. Il principio direttivo, alla cui stregua è uopo saggiare criticamente il valore degli argomenti coi quali si è tentato sostenerlo, ha importanza se ed in quanto si ammette che, essendo la prescrizione stabilita soltanto per un interesse privato, nel determinare la legge competente a regolarla deve sopratutto preoccupare la condizione delle parti contraenti.

Quanto è diffuso questo criterio, altrettanto ci sembra inesatto e pericoloso; nondimeno la maggior parte degli scrittori l'accoglie in massima, salvo a sottoporlo ad una distinzione, che ormai qui è tempo di avvertire, dividendosi le opinioni dei giuristi, come abbiamo precedentemente accennato, nel reclamare gli uni l'applicazione della legge del creditore, gli altri quella del debitore.

Non in ordine forse rigorosamente cronologico, ma decisamente sistematico, si presenta la soluzione del nostro problema nelle conclusioni del Tittmann [1]: « ea potior esse videtur lex quae maxime favet ei, cuius jus praescribitur ». Ma i tentativi di una dimostrazione razionale del principio, non trovando il loro presupposto in teorie speciali, risparmiarono alla

(1) Tittmann, loc. cit.

soluzione, forse anche perchè rimasta ignota, quella critica indagine che contribuì però a porre più tardi completamente sopra di essa e sopra quell'altra non meno infondata del Pothier, la pietra sepolcrale.

A differenza del Tittmann, il quale conclude senza fermarsi a rilevare l'importanza della questione che imprende a risolvere, il problema appare sottoposto, perchè avviata la discussione nel suo vero termine, ad una analisi più penetrante nella trattazione del Pothier (1).

Il principale argomento, meglio anzi avremmo detto, l'unico argomento che giustifica l'opinione del Pothier si è che delle cose mobili e delle rendite, che non hanno situazione, è legge regolatrice quella del domicilio del proprietario ed è tale legge che ne regola la prescrizione non potendo il proprietario se non in forza della legge, alla quale è sottomesso, essere spogliato dalle cose che gli appartengono. Posto in relazione con l'indole del problema da risolvere, siffatto ragionamento lascia scoprire un difetto non lieve ed è quello di considerare il creditore come proprietario, mentre si tratta di sapere precisamente se colui il quale non ha reclamato in tempo utile il soddisfacimento, sia ancora creditore (2).

L'attacco non potrebbe essere più vivace e più

(1) Pothier: *De la prescription*, N. 251.
(2) Massé: *Droit commercial*, t. I, pag. 457, 2ª ed.

diretto, nè vorremmo aggiungere altre osservazioni a quelle già messe avanti dagli scrittori, che se ne sono occupati [1], per dimostrare come esso sia ben fondato, dappoichè, a prescindere che il sistema ha il difetto principalissimo di dare per dimostrato ciò che appunto si deve dimostrare, per dippiù si rivela contrario ad un principio basilare di diritto comune a tutte le legislazioni, quale è quello di statuire, in mancanza di espressa ed esplicita stipulazione [2], a

[1] Trattandosi di un rapporto giuridico, si è osservato, l'obbligazione cui esso dà luogo viene ad abbracciare due termini, e per conseguenza la prescrizione come modifica la condizione legale del creditore, così modifica anche quella del debitore. V. Merlin: *Répertoire* (*prescription*) Sez. I, § III, n. 7; Labbè: *Nota a sentenza della Cassazione* (Sirey, 1869, I, 49). Ed invero, allorquando è intervenuto il rapporto contrattuale, il creditore, contrattando con una persona di nazionalità differente, ha consentito di tener conto, in una certa misura, della legge del suo debitore, la qualcosa rende uguali le due pretensioni. Cosicchè all'interesse del creditore si contrappone ugualmente nei medesimi termini l'interesse del debitore.

[2] Appena occorre fermarci a dimostrare che riposerebbe tutto sopra un grave errore il ragionamento condotto a sostenere che la prescrizione possa essere obietto di speciale stipulazione. L'errore starebbe sopratutto nel confondere i due elementi che dalle obbligazioni, le quali derivano dal fatto volontario lecito dell'uomo, risultano, cioè: il fatto lecito e la legge. Quest'ultima, come dichiara idoneo quel fatto a far nascere il vincolo giuridico, così deve necessariamente, nell'interesse generale su cui la prescrizione si fonda, far

favore del debitore anzicchè di statuire a favore del creditore [1].

Con l'intento di respingere le accuse mosse al ragionamento del Pothier, si è fatto osservare che l'illustre giureconsulto altro non intese comprendere

cessare il corrispondente dovere che da quel fatto medesimo ha origine. Essendo la prescrizione parte integrante del fatto acquisitivo, anche nella mancanza di manifesta volontà essa segue le conseguenze e gli effetti che all'obbligazione per la sua natura e per la sua estensione si ricollegano. Per ciò stesso, sfuggendo all'autonomia dei contraenti in quanto deve solo appoggiarsi sulla forza imperativa della legge, l'istituto della prescrizione non può formare obietto di contrattazione fra le parti. (V. BROCHER: *Cours de droit international privé*, t. II, p. 414; LAURENT: *Dr. Civ. int.*, op. cit. T. VIII, p. 269; MARTIN: *La prescription liberatoire en droit int. privé* nella *Revue de Droit int. et de legisl. comp.*, T. XIX, 1887, pag. 278; RICCI, *Diritto civile*, vol. V, pag. 295). Quantunque in diritto positivo si riconosca che la volontà privata è impotente a modificare le condizioni dalla legge stabilite per derogare con una convenzione speciale alle disposizioni relative alla prescrizione (Art. 2220 C. N., art. 2107 C. C. ital.), tuttavia la prescrizione potrebbe dirsi basata sulla volontà delle parti, ma indirettamente, in quanto appartiene alla legge del contratto, nel caso che le parti, di nazionalità diversa, contrattando dichiarano di essersi riferite a questa od a quella legge, o la determinazione della legge regolatrice, cui dovrebbesi ritenere soggetta l'obbligazione da esse assunta, risulta da circostanze ragionevolmente non dubbie.

[1] BALLOT: (*Prescription*). *Revue pratique de droit française*, 1859, pag. 334.

nel suo sistema che la prescrizione acquisitiva dei mobili e delle rendite e non mai quella applicabile alle azioni personali ([1]). Ma quanto sia poco sostenibile siffatta giustificazione appare dal testo dello stesso autore, le cui conclusioni in tale materia rappresentano indubbiamente una pretesa soluzione del nostro problema.

Ad un contrasto di opinioni assai rilevante ha dato luogo il sistema che vuole regolata la prescrizione dalla legge del domicilio del debitore e che si fonda sulla considerazione di ritenere la prescrizione come un beneficio personale del debitore, al quale solamente compete il diritto di essere protetto dalla propria legge nel determinare la durata della sua obbligazione. Chi esamina però la natura dei casi pratici cui può dar luogo l'applicazione del principio

([1]) Sebbene Pothier parli del domicilio del proprietario e non del creditore, discutendo una questione di prescrizione acquisitiva, la sola di cui esso si occupa nel suo trattato, risulta chiaro che la sua soluzione deve anche applicarsi perfettamente a tutti i casi di obbligazioni personali Perciò egli esamina la questione non solo per i mobili, ma pure per le rendite costituite, che sono diritti mobiliari e personali insieme, come ogni specie di crediti, e nelle quali si ha, come in questi, un debitore ed un creditore. Che le conclusioni del Pothier non siano applicabili alle azioni personali è stato sostenuto, dopo Duranton che ingiustamente accusa Troplong di non aver compreso il passo dell'illustre giureconsulto, da Rivier. (V. ASSER et RIVIER: *Eléments de droit intern. priv.*, pag. 82, not. 3).

generale, non durerà fatica a convincersi che il sistema stesso richiede assai più di una soluzione. *Quid*, infatti, allorchè il debitore cambia il suo domicilio dopo la conclusione del contratto? Sarà applicabile allora la legge del domicilio che il debitore aveva allorquando contrasse l'obbligazione, ovvero sarà applicabile quella del paese dove egli è domiciliato al momento in cui viene intentata l'azione?

Un esame critico della teoria or ora riassunta non può farsi di certo quì in breve pagina, si è perciò che vogliamo limitarci piuttosto a poche e sommarie osservazioni che saranno, certi ne siamo, sufficienti a discutere il valore intrinseco del ragionamento ed a ricercare se e quanta parte di vero esso contiene a sostegno di siffatto sistema.

Non è nuovo nella storia del diritto internazionale privato il modo di porre e di risolvere tale questione, che, riannodandosi a tutte quelle importantissime cui l'applicazione della legge del domicilio ha dato luogo ([1]), è stata, anche per questo riguardo, assai attentamente discussa dai giuristi.

([1]) Rammentiamo la questione che distinse le due scuole tra gli scrittori medio-evali nel determinare se, sopravvenuta la *mutatio domicilii*, lo statuto personale dovesse essere retto dalla legge vigente nel domicilio primitivo o da quella vigente nel nuovo domicilio. (Fiore: *Dr. int. priv.*, op. cit., vol. I, 4ª ed., pag. 72 e seg.).

Dalle conclusioni del Bouhier [1], del Merlin [2] e del v. Bar [3], favorevoli all'applicazione della legge del domicilio del debitore per determinare il tempo richiesto a prescrivere, non sempre chiaramente affermato è però il concetto della prevalenza da accordarsi alla legge dell'antico o del nuovo domicilio. E quanto ciò influisca sul modo di risolvere la questione, apparirà dalle conseguenze che ne derivano. Così propugnando l'applicazione della legge del nuovo domicilio, come pretendono Berroyer et de Laurière [4], Voët [5], Patou [6], Dalloz [7] e Boullenois [8], cioè quella del domicilio del debitore al momento quando l'azione è intentata [9], si vedrà il debitore stabilire

[1] Bouhier: loc. cit.

[2] Merlin: loc. cit.

[3] von Bar: loc. cit.

[4] Berroyer et de Laurière sur Duplessis: (*Prescription*) I, 1, ch. I.

[5] Voët: *Ad pandectas*, lib. 44, t. V, n. 12.

[6] Patou: *sur la cout. de Lille*, 11, pag. 44, n. 8.

[7] Dalloz: *Répert.*, n. 444.

[8] Boullenois: op. cit., I, 350.

[9] Questa dottrina è stata accolta anche dalla giurisprudenza (v. *Revue critique sur la jurisprud. en dr. int. pr.* 82, pag. 714 e seg. e pag. 725 e seg.; Sénat. de Varsovie 1865 e 1866). Più tardi la giurisprudenza ha cambiato (v. *jour. de dr. int. priv.* 74, pag. 333; *Court d'appel de Cologne*, 14 dicembre 1840; *Corte Cass. Berlino*, 8 ottobre; *Alta Corte dei Paesi Bassi*, 2 aprile 1874; *Trib. del Cantonè di Vaud*, 11 gennaro 1882; v. anche *Jour. de dr. int. priv.*, 1874, pag. 141.

il suo domicilio ove il tempo richiesto per prescrivere è il più breve.

Su quanta poca equità poggi un tal sistema si rivela da un temperamento proposto da uno de suoi sostenitori. Allorquando, soggiunge infatti il Boullenois, il tempo richiesto dalla legge del nuovo domicilio è più breve di quello richiesto dalla legge del domicilio che il debitore aveva all'epoca della conclusione del contratto, il debitore non può contare che gli anni trascorsi dopo il cambiamento del domicilio.

Alquanto decisive invece riguardo all'applicabilità della legge del domicilio del debitore al momento della stipula del contratto si rivelano le conclusioni del Dunod [1], del Pardessus [2], del Brocher [3] e dello Stobbe [4]. Ed invero le argomentazioni addotte per difendere un tal sistema sono più convincenti delle altre, dappoichè trovano il loro fondamento in un principio di equità, per cui non è lecito al debitore, domiciliandosi in luogo dove la legge consente di prescrivere in un tempo più breve di quello indicato dalla legge del domicilio contrattuale, di privare a suo arbitrio anzi tempo il creditore di

[1] Dunod: loc. cit.
[2] Pardessus: loc. cit.
[3] Brocher: loc. cit.
[4] Stobbe: loc. cit.

un suo diritto, vuoi pure che il giudice possa intravedere in ogni singolo caso i possibili estremi della frode.

Labbé ha fede di prevenire ogni contrasto per il possibile cambiamento di domicilio da parte del debitore e di rendere nello stesso tempo irrevocabilmente determinata la legge regolatrice della prescrizione, inserendo nel contratto una clausola di elezione di domicilio (1). Altri scrittori invece, per superare la difficoltà nascente dalla *mutatio domicilii*, propongono d'istituire un calcolo che abbia per suoi coefficienti le durate delle leggi che vigevano nei vari luoghi, formando così il tempo di prescrizione con tante parti diverse, proporzionate ai termini stabiliti da ciascuna delle leggi successive ed alla durata totale della prescrizione. Tal sistema, che noi chiamiamo sistema di proporzione, quantunque mostri il difetto di creare un nuovo decorso di tempo per prescrivere difforme da quello determinato dalle leggi concorrenti, è stato favorevolmente accolto dal Marcadé (2), dal Bro-

(1) Labbé: loc. cit. È lo stesso concetto del Brocher il quale, nell'interesse delle parti, avrebbe voluto un'elezione di domicilio per escludere, nel caso della *mutatio domicilii*, gli effetti del domicilio reale o di quello scelto in rapporto con un diritto accessorio; assicurando in tal modo fin da principio anche alle possibilità di prescrizione un carattere stabile.

(2) Marcadé: *Cod. Nap.*, op. cit., commento all'articolo 2219.

cher [1], dal Bertauld [2] e talvolta anche dalla giurisprudenza [3] e va distinto da quello propugnato dal Mérignhac [4]. Questo autore fonda infatti le sue conclusioni anche sopra un sistema misto, secondo il quale ogni Stato, facendo astrazione dalla propria legge, deve applicare la legge che assicura al debitore la più pronta liberazione, risulti questa anche dalla legge personale del creditore. Ed il Mérignhac illustra meglio ancora la sua teoria allorquando stabilisce, nell'ipotesi che il domicilio non concorra con la nazionalità, la prevalenza della legge del domicilio, contrariamente a quanto è stato dal Bourdon [5] sostenuto, e ciò appunto perchè considera che nei rapporti creati per gli interessi pecuniari, specie per le obbligazioni, il massimo riguardo deve aversi precisamente al principio del domicilio.

In complesso possiamo rilevare che il sistema di Mérignhac riproduce i difetti del principio generale da cui dipende, cioè, applicabilità della legge del debitore, il qual principio, quantunque accolto an-

(1) Brocher: op. cit., propone di ricorrere alla regola di proporzione menzionata nell'art. 2266 C. C. allorquando il debitore ha cambiato domicilio.

(2) Bertauld *Quest. pratiques*, I, pag. 116 e seg.

(3) Cass. franc., 28 luglio 1884, D. P. 1885, I, 300.

(4) Mérignhac, loc. cit.

(5) Bourdon: *Dr. int. priv.*, pag. 271.

che benevolmente nella giurisprudenza [1], ha il difetto principalissimo di preoccuparsi dell'interesse delle parti che sono in causa, senza considerare che nella soluzione del problema non è unicamente questo interesse che deve prevalere.

Non meno inesatte che le precedenti, si presentano le argomentazioni che mirano a mettere in rilievo esclusivamente l'interesse della società. Senza dubbio nelle regole che concernono gli effetti delle obbligazioni v'hanno di quelle che si riferiscono all'ordine pubblico e riflettono l'interesse della società. Che nel determinare quindi la legge regolatrice della prescrizione deve tenersi gran conto della natura sociale dell'istituto non è uopo dimostrarlo; occorre piuttosto indagare come e perchè tutti gli scrittori, i quali hanno nella soluzione del problema riguardato l'interesse della società, sono pervenuti a conclusioni difformi. A noi sembra che la diversità sia dovuta al modo di porre il problema. È vero infatti che tutti hanno considerato l'interesse della società, ma di quale società?

A questa domanda gli uni rispondono che la prescrizione, concernendo veramente l'esecuzione an-

(1) *Corte di Bruxelles*, 24 settembre 1814; *Corte di Bruxelles*, 27 luglio 182?; *Corte Cass. Parigi*, 13 gennaio 1869; *Corte dei Paesi Bassi*, 2 aprile 1874; *Corte di Parigi*, 28 febbraio 1881.

zichè la sostanza e la validità del contratto, interessa l'ordine pubblico del luogo ove si esercita l'azione, e basta questo fatto perchè debba aversi riguardo alla *lex fori*.

Huber ([1]), Casaregis ([2]), P. Voet ([3]), Mittermaier ([4]), Glück ([5]), Wheaton ([6]), Labbé ([7]), Westlake ([8]), Martin ([9]), ed altri ([10]) hanno accolto un tal sistema, che, quantunque seguìto dalla giurispru-

([1]) Nel considerare la prescrizione non come un mezzo di procedura, ma come un rimedio dell'*ordinatoria* e non della *decisoria litis*, HUBER diceva: *praescriptio non pertinet ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendae* (jurisprud. univ., l. 3, cap. 2, § 34 e HUBER: *De conflictu legum*, n. 7.

([2]) CASAREGIS: *Discursus* leg. 130, n. 25.

([3]) P. VOET: *De Stat.* § 10, cap. I, n. 1.

([4]) MITTERMAIER: *Ueber die collision der Processgesetze* (Arch. für civilist praxis, XIII, pag. 307.

([5]) GLÜCK: V. *Etudes de droit privé*, § 17-18.

([6]) WHEATON: *Confl. of Laws*, § 535.

([7]) LABBÉ: V. nota alla sentenza della Corte di Cassazione (Sirey 1869, I, 49).

([8]) WESTLAKE: *Private international Law*, § 223, 224.

([9]) MARTIN: V. *Revue de droit international et de legislation comparée*, T. XIX, 1887, pag. 262 e segg.

([10]) Nelle opere citate di Wheaton e di Westlake vedi riportate le opinioni conformi di Hommel, Weber, Kent, Meyer, Mühlenbruch, Linde, Story, Burge. Vedi anche FOELIX: *Traité du dr. int. priv.*, 4ª ed. T. I, pag. 240.

denza tedesca, inglese ed americana ([1]), nell'insieme presenta il difetto gravissimo della incertezza sulla esistenza dei diritti, non lasciando precisare, fin dal momento in cui il diritto nasce, davanti a quale giudice sarà portata l'azione, giacchè il creditore rimane arbitro di scegliere il luogo dove si prescrive in un periodo di tempo più breve.

La variante introdotta in questo sistema con lo scopo d'imporre una limitazione all'applicabilità della *lex fori*, che dev'essere soltanto applicata allorquando essa stabilisce una prescrizione più breve, anzichè procurare una maggior possibile uniformità di soluzione, nei casi pratici aumenta spesso l'incertezza ([2]). Tutto

([1]) V. arresto della Camera dei Lords d'Inghilterra nel *Law. Magaz.*, vol. 24, pag. 221; Senato di Vars. 1871; Tribunale superiore di Berlino, 18 marzo 1875; Corte d'Appello di Bois-le-Duc (Olanda) 21 marzo 1882; *Jour. de dr. int. priv.* 1874, pag. 333; *idem* 1876, pag. 129; *idem* 1877, pag. 224 e pag. 243.

([2]) Questo temperamento proposto del GUILLOUARD (I, 357) segue a quello del WÄCTER (*Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, pag. 410 e segg.) che nelle obbligazioni derivanti da contratto vuole l'applicazione della *lex fori*, anche nei riguardi della prescrizione, quando la legge del foro dispone di essa con norme assolute e sottratte all'autonomia delle parti. Lo stesso autore non tralascia però di muovere una severa critica a tutto il sistema (V. il loc. cit. nell'*Archiv. für civilistische Praxis*, t. XXV). La stessa critica è mossa dallo SCHÄFFNER (*Entwickelung des internationales Privatrechts*, pag. 110) e dal BAR: *Das internationale Privatrecht.*, pag. 283 e pag. 284).

ciò a prescindere che l'applicazione del sistema apporta l'intromissione di un elemento estraneo, qual'è quello di determinare i limiti locali d'impero di una legge interna. Se può talvolta ciò essere imposto da una norma interna in materia internazionale esistente nello Stato del giudice, davanti al quale l'azione è intentata, non deve considerarsi come regola assoluta e fondamentale, allorquando non è il diritto sociale del foro giudiziario adito che deve preoccupare, ma invece il diritto sociale del luogo dell'obbligazione [1]. Ecco allora imporsi, diremo quasi, più ragio-

[1] L'applicabilità della *lex fori*, giustificata con i concetti riportati nel testo, potrebbe caratterizzarsi come una emanazione della regola su cui il KRITZ (*Zur Theorie über d. mögliche Beurtheilung der contractmässige Verbindlichkeiten eines Inländers nach Gesetzen des Auslandes*, nella sua *Sammlung von Rechtsfällen*, 1834, Vol. II), il ROSSHIRT (*Ueber das Status civilis und über dessen Wirkungen nach der Unterschiede des neuren Rechts in Personal und Realstatuten* nella sua *Zeitschrift*, 1839, vol. III), ed il MITTERMAIER (*Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1824) fondano il loro sistema di diritto internazionale privato, ritenendo che le parti contrattano secondo il diritto dello Stato, davanti ai giudici del quale, il procedimento relativo al loro rapporto giuridico dovrà probabilmente essere portato. Siffatta dottrina, derivata da quella soverchiamente rigida del PFEIFER (*Die principien des internationalen Privatrechts*. Tübingen 1851) riesce in contrasto con i temperamenti suggeriti dal PÜTTER (*Das praktische Europäiche Fremdenrecht*, Leipzig 1845), che vuole nello Stato rispettati i diritti le-

nevolmente il sistema propugnato da altri scrittori, i quali, pur muovendo dalle stesse premesse degli scrittori precedentemente ricordati nel considerare il diritto sociale, tuttavia vengono a conclusioni difformi da quelle sostenute dai propugnatori della *lex fori*.

Dagli elementi contenuti nel sistema che dà tutta l'importanza nel determinare la legge regolatrice della prescrizione esclusivamente all'obbligazione considerata in sè stessa, nasce un contrasto fra i due principî opposti che vogliono spiegare il loro dominio sopra lo stesso negozio giuridico. Il contrasto è una necessaria conseguenza della mancata determinazione di un concetto assai importante del problema, cioè a dire, dell'esatta affermazione del principio per cui

gittimamente acquistati all'estero, in quella misura però ed in quei limiti in cui il diritto territoriale dello Stato che dovrebbe riconoscerli lo consenta (per la nota teoria dei diritti quesiti applicata a risolvere le questioni del diritto internazionale privato, vedi le gravissime obiezioni del WÄCHTER: *Arch. f. d. civ.*, Prax. XXV, pag. 1 sug.; SAVIGNY: *System* vol. VIII, pag. 132; v. BAR: *Theorie und Praxis* I, 67, 100). Ciò abbiamo voluto notare appunto perchè riteniamo che nella prescrizione, sia che preoccupi nel determinarne la legge regolatrice la personalità delle parti contraenti, sia l'obbligazione in sè stessa considerata, si tratta precisamente di un diritto quesito per cui riesce ingiustificata sotto tutti i riguardi l'applicazione della *lex fori*.

debba ritenersi che la prescrizione riguardi l'origine o l'esecuzione dell'obbligazione (1).

(1) È noto come nelle obbligazioni nascenti da convenzioni, il *vinculum juris*, formato mediante la riunione del consenso del creditore con quello del debitore (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*) va distinto dall'*onus conventionis* e dalle conseguenze giuridiche relative. Alla domanda per sapere a quale degli elementi dell'obbligazione si riattacca la prescrizione, i giuristi non hanno risposto con uniformità di criterio. Basterà infatti rammentare, per tutti, il PESCATORE, (*La logica del diritto*, Torino 1863, vol. I, pag. 322), il quale intravede nella prescrizione una causa di estinzione inerente all'obbligazione, la quale nasce con questo germe di estinzione e di morte; il FIORE (*Diritto int. priv.*, 1ª ed., Firenze 1869, pag. 392), che tiene la prescrizione in conto, non già di equipollente dell'adempimento, ma di dipendenza del *vinculum juris;* il LOMONACO: (*Trattato di diritto civ int.* Napoli 1874, pag. 172) e l'ESPERSON: (*Principio di nazionalità*, n. 38) che riguardano la durata dell'azione come inerente alla sostanza dell'obbligazione ed alle conseguenze non accidentali, ma immediate che da questa derivano. Altri giuristi per converso considerano la prescrizione come una conseguenza giuridica relativa all'obbligazione, come un modo che ne regola la estinzione, e trovando il fondamento giuridico di essa in queste cause, pervengono ad altri risultati. In questo senso vedi BURGUNDUS: (*Tractatus ad consuetudines Flandrae*, IV, N. 26-27); FABRE: (*Cod.*, lib. I, tit 5); PARDESSUS: (*Dr. comm.*, V. N. 1495); BERTAULD: (*Quest. prat.*, I, N. 150); EDMOND PICARD: V. (*journ. de dr. int. priv.*, 1881); LEHR: (*De la prescription extinctive* nella *Revue de dr. intern. et de legisl. comp.* 1881, T. XIII, pag. 516); LIPPENS: (*Ség. civ des étrangers*, N. 148); ASSER et RIVIER; (*Eléments de dr. intern. priv.*, pag. 84).

Ed è così che si mostra apparente l'accordo tra gli scrittori che vogliono regolata la prescrizione dal diritto locale della obbligazione, giacchè mentre gli uni intendono riferirsi alla legge del luogo di origine, gli altri propugnano l'applicabilità della legge del luogo di esecuzione.

Entrambi i sistemi, vogliamo dire ciò prima di esaminarne separatamente il valore, si riattaccano a quel principio fondamentale sostenuto dal Savigny, secondo il quale, l'influenza del tempo nei rapporti giuridici, considerando l'obbligazione in sè stessa, al di fuori dei suoi soggetti, deve essere determinata dal diritto locale dell'obbligazione (1).

Non è facile però affermare che nel pensiero del Savigny il diritto locale dell'obbligazione, per quanto riguarda il tempo a prescrivere, coincida piuttosto con quello del luogo di esecuzione, che non quello del luogo d'origine dell'obbligazione stessa. Ciò non persuade chiaramente, appunto perchè chiaramente affermato non esce dalle regole formulate dall'illustre scrittore per l'applicazione del suo sistema generale.

E valga il vero. Per determinare la sede dell'obbligazione e della giurisdizione speciale chiamata a giudicarne, il concetto essenzialissimo nella dot-

(1) Savigny: *Sistema del diritto romano.* Torino, 1898, vol. 8°, § 374, pag. 280.

trina del Savigny di preferire al luogo di origine quello di adempimento, è giustificato dall' influenza preponderante che nei rapporti giuridici spetta alla libera volontà delle parti ([1]).

Questo elemento che appare decisivo in quelle materie in cui l'autonomia dei contraenti può influire sulla legge del contratto, si rivela invece poco o niente comprensibile in quanto riguarda appunto la prescrizione, giacchè occorre esaminare se essa possa veramente uguagliarsi, per la sua essenza, a tutte le convenzioni d'interesse privato, in cui la legge del contratto dipende dall'autonomia delle parti ([2]).

([1]) Ben pochi indirizzi del pensiero scientifico possono vantare un successo così pronto e così largo come questo inaugurato nel diritto delle obbligazioni dal Savigny (v. op. cit., § 370-374, pag. 210-269). Scossa la teoria allora prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza della Germania, mutuata dalla dottrina degli statuti, per applicare alle obbligazioni la legge del luogo di conclusione del contratto (v. GIERKE *Deutsch Priaatrecht*, I, pag. 232 e la bibliografia ivi citata), nella scienza e nella pratica tedesca ad opera del Savigny, acquistava sempre più prevalenza l'altra dottrina che propugnava l'applicabilità della legge del luogo di adempimento alle obbligazioni convenzionali.

([2]) Mentre il SAVIGNY, nella mancanza della espressa manifestazione di volontà delle parti, giudica opportuno di desumere, dalle circostanze in mezzo alle quali sorge l'obbligazione, le pretese dei contraenti, a meno che non si tratti di obbligazioni derivanti da delitto, nelle quali solo per determinare la giurisdizione riconosce una sommissione forzata,

Non potrebbe chiamarsi un portato della dottrina moderna la determinazione scientifica dell'istituto della prescrizione considerato nella sua essenza, per cui si afferma, senza cadere in un gretto iperbolismo, che alla prescrizione va legata l'esistenza di tutta la società ([1]). Ciò si addimostra maggiormente vero allorquando si pensa ai possibili effetti dell'esercizio di diritti senza alcun limite di tempo. In tal caso, senza dubbio, l'incertezza permanente nel patrimonio del singolo avrebbe per riflesso una perturbazione generale ed incessante nella società; la qualcosa giustifica l'intervento del

conseguenza immediata di quella violazione del diritto, della quale il delinquente si è reso colpevole, l'Albrecht (v. Savigny: loc. cit., pag. 215) fa dipendere la determinazione del luogo di adempimento, in mancanza della espressa manifestazione di volontà delle parti, dal tacito consenso, ed il Brocher (*Théorie du droit intern. priv.*) non ammettendo la volontà tacita, nel silenzio delle parti, cerca, indipendentemente dal congetturare la loro volontà, in modo esclusivo nella legge, la sede del rapporto giuridico.

([1]) Il Boullenois (*Dissertations sur des questions que naissent de la contrarieté des lois et des coutumes* 3ª quest. pag. 63 e segg.), riportando il parere di Duplessis nelle pagine da lui dedicate a questo studio, porta un elevato contributo all'affermazione del principio che considera la prescrizione come una materia di diritto pubblico. Anche il Rigot-Préameneu (*Exposé des motifs*, N. 1) nota la necessaria importanza di tale affermazione, e nel rintracciare il fondamento dell'istituto non vede che la preponderanza dell' interesse pubblico sull'interesse privato, preponderanza d'altronde tanto utile e necessaria per il mantenimento dell'ordine sociale.

legislatore per assicurare la tranquillità dello stato sociale e per provvedere nello stesso tempo alla tranquillità dei privati in cui risiede precisamente la tranquillità pubblica.

Osservando, come abbiamo fatto, che questa intuizione non può essere caratterizzata un portato della scienza moderna, abbiamo voluto implicitamente notare che essa non potè restare ignota nel pensiero del Savigny. Sarebbe perciò più opportuno congetturare che l'illustre scrittore, non volendo specializzare il suo sistema generale, non abbia voluto preoccuparsi dell'essenza speciale di un istituto compreso nella materia delle obbligazioni, da cui però esula, per il suo contenuto, l'elemento volontario delle parti. Ma se di questo il Savigny avesse tenuto invece giusto conto, si dubiterebbe non poco oggi di affermare che la legge regolatrice della prescrizione coincide piuttosto nel di lui pensiero con quella vigente nel luogo di esecuzione, che non con quella vigente nel luogo di origine dell'obbligazione.

Ciò che nel sistema generale del Savigny rimane come un punto oscuro riguardo, cioè, all'importanza che può presentare nella soluzione del problema l'intervento volontario dei contraenti, appare invece analiticamente considerato nel sistema del Wächter. Nel suo rilievo intorno al dissidio esistente nella dottrina fra chi vuol far prevalere in siffatta materia la legge di origine dell'obbligazione, connaturando la

prescrizione con l'indole materiale del rapporto giuridico e coi suoi effetti, e chi preferisce la legge del giudice, considerando prevalente l'elemento processuale e l'obbligo che incombe al giudice di applicare la propria legge [1], il citato autore, non riconosce affatto la prescrizione come *modus procedendi*. Egli opina bensì che quando le leggi vigenti nel paese del giudice abbandonano il rapporto di cui si tratta e in relazione al quale s'invoca la prescrizione all'autonomia delle parti, il giudice dovrà ammettere o non ammettere la prescrizione, secondo quanto le parti hanno espressamente o tacitamente provveduto, cioè secondo la legge cui è ragionevole intendere che esse abbiano voluto sottoporre il loro rapporto giuridico, che è d'ordinario la legge vigente nel luogo del contratto.

La considerazione del Wächter intorno all'autonomia delle parti rappresenta per noi una riprova del superiore asserto, in quanto dimostra come un autore, che precede in ordine cronologico come scrittore di diritto internazionale al Savigny reputò necessario occuparsi di siffatto elemento nella soluzione del problema [2].

[1] Wächter: loc. cit., pag. 410.

[2] Mentre il Savigny pubblicava nel 1849 l'ottavo volume del suo *Trattato di diritto romano*, dove è contenuto il suo sistema dell'*impero delle regole di diritto sui rapporti giuridici*, il Wachter, nato 18 anni dopo del Savigny e morto 19 anni dopo di lui, aveva già nel 1842 pubblicato il suo *Saggio sui conflitti*.

Dal fin qui detto ne esce illustrato un principio fondamentale, di essere, cioè, di fronte ad un istituto, il quale, avendo per fondamento l'interesse ed il diritto della società, non può eguagliarsi ad ogni convenzione che intercede fra private persone, in modo che non può poggiarsi sull'intenzione manifesta o tacita delle parti, ma bensì sulla forza imperativa della legge.

Il sistema del Savigny adunque rappresenta per noi principalmente il punto di partenza per cui deve prendersi a base il diritto locale dell'obbligazione. È questa invero la giusta dottrina, la quale però, se da un canto afferma nitido il concetto che nè la nazionalità, nè il domicilio delle parti, e nè la *lex fori* devono assolutamente influire sulla determinazione della legge regolatrice della prescrizione, dall'altro canto sembra, bisogna convenirne, che invece di risolvere il problema, addirittura lo sopprima. Ciò diciamo soltanto nel senso del disaccordo che produce nei suoi effetti il sistema. Esso infatti, di fronte alle due teoriche, cioè a quella che vuol regolata la prescrizione dalla legge del luogo di esecuzione, ed a quella che la vuol regolata dalla legge del luogo di origine, abbisogna di precisione nell'indicare il diritto locale dell'obbligazione.

Gli argomenti addotti in sostegno della prima teorica si riferiscono invero al fondamento giuridico della prescrizione. Se questa, si dice, tocca indiret-

tamente all'estinzione del diritto, non differisce dal modo di esecuzione del pagamento, e come questo nei contratti è regolato dalla legge di esecuzione, così il tempo stabilito per prescrivere deve anche essere determinato dalla legge medesima. In questo senso si pronunziarono Burgundus (1), Fabre (2), Picard (3), Lippens (4), Lehr (5).

Quantunque Troplong parta da premesse diverse in quanto considera la prescrizione come pena della negligenza del creditore che non reclamò a tempo debito l'adempimento (6), tuttavia arriva alle stesse conclusioni degli autori testè citati, dappoichè è al luogo dove la negligenza si produce, cioè a dire al luogo dove l'obbligazione deve essere eseguita, che bisogna ricorrere per determinare la legge della prescrizione.

La stessa opinione è professata dal Massé (7) quando ritiene che le parti abbiano assegnato un luogo speciale al fatto del pagamento.

(1) Burgundus: loc. cit., N. 28.
(2) Fabre: loc. cit., tit. 5.
(3) Picard: loc. cit.
(4) Lippens: loc. cit.
(5) Lehr: loc. cit.
(6) Troplong: *Prescription*, § 38.
(7) Massé: *Le droit comm. et ses rapports avec le droit des gens*, 3a ed., t. I, pag. 494. Per la giurisprudenza v. *Journ. de Marseille*, 1866 e 1869.

Le ragioni con le quali si sostiene validamente la prevalenza della legge del luogo di esecuzione apparirebbero definitive se esse non poggiassero sopra un presupposto di cui puossi facilmente scorgere la grandissima contestabilità, saggiando le ragioni che sostengono l'opinione contraria.

Coloro i quali infatti determinano come legge regolatrice della prescrizione quella del luogo dove nasce l'obbligazione, muovono in generale dal punto di vista di considerare la prescrizione un effetto immediato della obbligazione, una dipendenza del *vinculum juris*. Come tutti gli elementi essenziali della obbligazione quindi, la prescrizione deve essere regolata dalla legge del luogo dove nasce l'obbligazione. Tra i sostenitori di questo sistema notiamo Hertius ([1]), Mansord ([2]), Demangeat ([3]), Ballot ([4]), Renault ([5]), Flandin ([6]), Aubry et Rau ([7]), Lau-

([1]) Hertius: *De collisione legum*, § 65.

([2]) Mansord: op. cit., t. I, pag. 102, N. 136.

([3]) Demangeat: *Cond. des étrangers en France*, pagine 331-358.

([4]) Ballot: *Prescription* nella *Revue pratique de droit*, 1859, t. 8, pag. 333, consultazione alla quale hanno aderito Demangeat, Ploque e de Vatismenil.

([5]) Renault: *Rev. crit. Examen doctrinal*, pag. 723-726.

([6]) Flandin: *De la prescr. lib. en dr. int. priv. Jour. de dr. int. priv.*, 1881, pag. 230.

([7]) Aubry et Rau: op. cit., § 31.

rent [1], Esperson [2], Lomonaco [3], Fiore [4]. Siffatta dottrina è stata anche seguìta dalla giurisprudenza [5].

L'esposizione fin qui da noi fatta delle regole messe avanti per determinare l'influenza del tempo sui diritti nascenti dal fatto dell'uomo, altro non rappresenta che il materiale necessario alle nostre ricerche acciocchè si indaghi se tra siffatte regole qualcuna ne esiste che possa essere considerata come una norma giuridica internazionale relativa a questa materia. Per dimostrare ciò certamente non può muoversi dalla concordanza possibile di disposizioni legislative vigenti nei varî Stati, ma devesi sempre, anche nella possibile esistenza di tale concordanza, esaminare se a quelle disposizioni corrisponde un accordo di volontà degli Stati, e quindi una norma obbligatoria della loro condotta.

Il processo genetico e storico del diritto internazionale però, spettando a quest'ultimo l'esame obiet-

(1) LAURENT: *Dr. civ. int.*, vol. VIII, N. 254.

(2) ESPERSON: *Principio di nazionalità*, cap. VII, N. 38.

(3) LOMONACO: *Trattato di dr. civ. int.*, 1874, pa. 172.

(4) FIORE: *Dr. int. priv.*, 4ª ed., vol. I, p. 182, § 5.

(5) Sentenza Trib. di Parigi, 7 febbraio 1839 e 18 gennaio 1840; trib. di comm. della Senna, 15 aprile 1859 e 2 giugno 1881; trib. di comm. di Russia, 17 marzo 1877; Senato di Varsovie, 5 e 6 dicembre 1873; Consiglio Sup. dell'Impero, 12 gennaro 1838 e 5 luglio 1844; trib. di Brema, 5 marzo 1877; Corte d'appello di Perugia, 28 novembre 1868,

tivo e la risoluzione dei problemi del diritto internazionale privato, messo in rapporto col processo evolutivo di questa parte del diritto, ci dà circa l'esistenza di norme giuridiche internazionali riguardanti la prescrizione dei diritti nascenti dal fatto dell'uomo un risultato assolutamente negativo ([1]).

Nemmeno a conclusioni concrete apporta la stessa ricerca estesa sulla funzione legislativa degli Stati singoli, allorquando questi ultimi, nella mancanza di organi appositi che riflettano la coscienza dei popoli civili, integrano e completano le imperfezioni e le lacune del diritto internazionale. Nè può sospettarsi dell'esistenza di norme interne in materia internazionale relative alla prescrizione sol perchè si contengono in talune legislazioni dei principî generali riguardanti i conflitti di legge sui diritti nascenti dal fatto dell' uomo. Siffatte norme giuridiche interne, sebbene collegate con i problemi del diritto internazionale privato, nella loro indeterminatezza non possono pretendere di risolvere il nostro problema, che,

([1]) Per il fatto che la prescrizione si riattacca al diritto delle obbligazioni, viene giustificata pure la mancanza di una norma giuridica internazionale relativa a questa materia. Siffatta mancanza, anche persistente tra i diversi sistemi propugnati dalla dottrina per regolare i conflitti di legge in materia di obbligazioni, più che dalla coesistenza di principî giuridici diversi ed opposti nei vari diritti locali, dipende dalla complessità della materia stessa e dalla varietà delle categorie di fatti e di rapporti che si tratta di regolare.

in tale ipotesi, ha d'uopo di una soluzione che diremo anticipata, sull'essenza dell' istituto stesso della prescrizione, cioè a dire sulla sua pertinenza al diritto formale od al diritto materiale, per cui in questa seconda ipotesi è necessaria altresì una determinazione nel senso di indicare se la prescrizione debba essere tenuta in conto di equipollente dell'adempimento dell'obbligazione ovvero di dipendenza del ***vinculum juris.*** Ciò premesso, le nostre conclusioni non possono avere altro obietto che quello di un'indagine critica attraverso i molteplici sistemi che pretendono di risolvere il nostro problema, e determinare quale, tra quelli concorrenti, contenga gli elementi necessari perchè, con un criterio profondamente scientifico e sempre dal punto di vista internazionale, possa determinarsi la soluzione del problema.

A nessuno può sfuggire infatti l'importanza che assume anzitutto per lo scopo di questi nostri studi, la determinazione del contenuto della prescrizione.

Se la struttura tecnica del diritto risponde ad una speciale struttura sociale, è proprio il caso di ripetere a proposito della prescrizione che la natura del rapporto sociale spiega la natura del rapporto giuridico.

Essendo il diritto infatti un principio di ordine, di armonia e di equilibrio che spiega, come dice Lasson, una forza di inerzia di fronte alle perturbazioni dei fatti della vita, è evidente il profondo si-

gnificato sociologico che l'accompagna in quest'opera di coesione sociale, per cui anche a taluni fatti esso deve attribuire conseguenze giuridiche. Ecco adunque come il decorrimento del tempo, che di per sè stesso non potrebbe avere alcuna efficacia costitutrice o modificatrice dei rapporti giuridici ([1]), viene ad acquistare una ragione d'essere in modo da assicurare, eliminando l'incertezza e la possibilità di continue contestazioni intorno allo stato dei rapporti medesimi, le condizioni di una pacifica convivenza e di un'armonica cooperazione fra gli uomini. La perpetua esistenza di diritti inattivi, riuscendo d'ostacolo allo svolgersi delle operose attività sociali, reclama l'intervento del diritto, che nel rappresentare la forza tutrice non solo dell'interesse individuale del singolo, ma altresì l'elemento armonizzatore degli interessi coesistenti della comunità, deve necessariamente regolarizzare l'efficacia di un coefficiente, qual'è il tempo, che paralizza lo svolgersi e l'affermarsi di rapporti comuni.

Può ben dirsi perciò che, fra tutti gli istituti giuridici, in modo particolarissimo quello della prescrizione, traendo origine e fondamento dalle necessità della vita, riafferma la vera natura e la vera funzione specifica che il diritto compie nella vita so-

([1]) L'importanza e l'influenza del tempo come elemento dei fatti giuridici è dimostrato dal Savigny. (V. Savigny: op. cit., Vol. IV, pag. 360 e segg.).

ciale, quantunque l'esplicarsi del rapporto giuridico, di cui esso segna la fine, rifletta se non la totalità della persona ma invece una parte soltanto dell'attività del singolo ([1]). E ciò perchè l'oggetto del diritto è costituito dagli atti della persona, i quali, in quanto implicano nello scambio di prestazioni per la certezza nei rapporti civili la cooperazione sociale, segnano nella vita giuridica il limite estremo oltre il quale l'interesse generale si sovrappone al particolare

([1]) Agli elementi che nella sua costituzione fisio-psichica l'uomo porta acciocchè sia riconosciuto soggetto del diritto fanno riscontro le condizioni perchè possa diventare, a mezzo della sua attività, oggetto del diritto. Non può concepirsi quindi un rapporto giuridico che non interceda fra uomo ed uomo — il potere giuridico essendo essenzialmente garanzia e tutela di perturbazioni, le quali non possono essere arrecate che da persone. L'affermazione della possibile esistenza di un rapporto tra uomo e cosa sostenuta nel campo della sistematica giuridica da alcuni scrittori, specialmente a proposito di diritti reali, è stata caratterizzata dal Kant un'assurdità, e si fonda sulla mancata distinzione, come vuole l'Ahrens, fra l'oggetto ed il contenuto del diritto. Mentre infatti il contenuto del diritto è rappresentato dagli scopi che esso garentisce, suo oggetto è invece l'attività della persona, sia anche una parte soltanto di questa attività. Allorquando perciò il rapporto di signoria dell'uomo si esplica sopra una cosa, non s'intenda ciò nel senso che il rapporto giuridico intercede fra l'uomo e la cosa, ma invece che il potere giuridico si esercita, a mezzo dell'attività dell'uomo, *sopra* la cosa. (Per queste osservazioni vedi gli studi di filosofia giuridica e specialmente la *Filosofia del diritto* di I. VANNI, op. cit, part. 2, cap. V).

in modo che l'individuo non appare più come l'assoluto padrone del suo piccolo mondo, ma sebbene come una parte attiva di un grande organismo sociale. Perciò l'istituto della prescrizione si rivela come garanzia e compimento di questo principio di certezza nei rapporti giuridici, di necessità e di utilità sociale nel contemperamento fra l'assolutezza sconfinata delle pretese proprie e l'esistenza simultanea delle pretese altrui. Per dippiù essa è estremamente necessaria all'ordine sociale, dappoichè sarebbe incompatibile una società armonicamente organizzata, se tutti i diritti potessero senza alcun limite di tempo esercitarsi.

Da queste conclusioni ne esce illustrato il concetto che, avendo la prescrizione per fondamento il diritto e l'interesse della società, nel risolvere il problema che le si riattacca nel suo sviluppo dottrinale e legislativo di fronte al diritto internazionale privato, non è alla personalità delle parti contraenti, ma invece all'obbligazione considerata in sè stessa che bisogna avere riguardo.

Eliminato quindi il sistema che pretende risolvere la questione applicando o la legge del creditore o quella del debitore, rimane da vedere quali ragioni d'indole razionale convertano la nostra conclusione prevalentemente pratica, attraverso i supremi criteri che informano il diritto internazionale privato, in una necessità logica.

Perche infatti possa prendersi una posizione soddisfacente, noi crediamo, di fronte ad un problema così importante, il principio che regola il sistema deve necessariamente coincidere con quello che determina la legge territoriale, da cui, per la sua natura, il rapporto giuridico è regolato. Che tale legge non possa esser quella del luogo ove l'azione viene intentata, è inutile ancora qui insistere a dimostrarlo, dappoichè, risultando dalla natura stessa del rapporto la dipendenza della prescrizione alla sussistenza del diritto, non può certamente sostenersi che essa vada ascritta al *modus procedendi*.

Pur restando adunque necessariamente in presenza del sistema, ultimo tra quelli propugnati, che applica alla prescrizione la legge regolatrice dell'obbligazione, siamo ben lungi dall'affermare che in siffatta materia possa assurgere a norma giuridica internazionale l'applicabilità della legge del luogo di esecuzione. La nostra affermazione è giustificata dalla necessità di tener conto dell'essenza della prescrizione, cioè a dire della sua natura sociale (1). A dif-

(1) Il Labbè ed il Laurent sono i soli due autori, secondo quanto a noi consta, che hanno tenuto gran conto della natura sociale della prescrizione. Quantunque l'uno e l'altro, nel determinare qual'è la societá più interessata a che l'azione abbia un limite certo, pervengano a conclusioni opposte perchè mentre il primo giudica interessata la società nella quale si esercita l'azione, il secondo invece riguarda l'inte-

ferenza infatti di quanto avviene per qualsiasi altro elemento della convenzione, il predominio della volontà dei contraenti va assolutamente soggiogato dall'interesse e dal diritto della società, che presta la sua garanzia a render certo fin dal suo nascimento il rapporto giuridico nelle sue conseguenze e nei suoi effetti. Tutto questo naturalmente significa che il termine prescrizionale, riguardando le conseguenze non accidentali ma immediate che dall'obbligazione derivano, si rappresenta come un elemento legale, lo chiamiamo così perchè imposto dalla legge, dell'obbligazione stessa e conseguentemente connesso al *vinculum jùris.* Si è perciò che all'accordo negativo e generico della maggior parte degli scrittori nel respingere come regola predominante nel diritto internazionale privato quella che non ha per base il diritto stesso che regge l'obbligazione, dovrebbe rispondere, per il raggiungimento di uno stadio alquanto perfetto nell'ordine giuridico delle relazioni che costituiscono il substrato del diritto internazionale privato, il comune consenso perchè prevalga quel principio che meglio risponde alle esigenze dell'attività sociale. Ed il criterio dirigente, riguardo sempre al nostro argo-

resse della società dove l'obbligazione è nata, tuttavia entrambi affermano che la prescrizione dev'essere considerata tra le regole che concernono gli effetti delle obbligazioni, e che hanno un carattere territoriale perchè si riferiscono all'ordine pubblico

mento, non potrebbe essere che quello di far reggere il termine prescrizionale dalla stessa legge che attribuisce efficacia e forza coercitiva ad ogni rapporto che fin dalla sua origine porta impresso il germe fatale e necessario di estinzione. Ed è così che, considerando in questa cerchia della vita giuridica la prevalenza esistente nella dottrina in favore della legge di origine del rapporto giuridico, cioè di quella del luogo di stipulazione, potrà dirsi lontana forse, ma non assai remota e difficile, la completa e reale unificazione di siffatta norma.

Quasi-contratto.— All'incertezza esistente nella dottrina per determinare la legge regolatrice dei rapporti derivanti da fatti volontarî e leciti, che, senza alcuna precedente relazione giuridica, intercedono tra stranieri o tra nazionali all'estero, corrisponde naturalmente come riflesso l'incertezza nel determinare la legge in conformità della quale si prescrivono le azioni a siffatti rapporti relative.

Ritenendo il concetto del *quasi-contratto* come trovasi accolto nel diritto positivo, due soluzioni possono risolvere il nostro problema [1]. Se, infatti si

[1] All'espressione *quasi ex contractu*, adoperata da Gaio ed accolta nella codificazione giustinianea (*Instit.* III, XXVIII, *princip.*), fu sostituita posteriormente l'altra *ex quasi-con-*

ammette col Foelix ([1]) che le obbligazioni prodotte dal quasi-contratto costituiscono tra le parti diritti acquisiti, come se derivassero da contratti espressi, o col Rocco ([2]) che nei quasi-contratti la volontà dell'uomo non c'entra per nulla, dipendendo essi dalla legge del luogo ove accade il fatto che serve loro di

tractu. I codici moderni, secondo il concetto accolto del quasi-contratto, annoverano esplicitamente nella categoria delle obbligazioni quasi contrattuali la *negotiorum gestio* e la *condictio indebiti;* ma ciò non vuol dire che altri fatti volontarî e leciti, contemplati in altre parti dei codici, non producono rapporti obbligatori a carico dell'una o dell'altra delle parti, oppure di entrambe. Prescindendo infatti dalla tutela, annoverata nel diritto romano come quasi-contratto (*Inst.*, De obl. quae quasi e contr.) a differenza di quanto avviene nel diritto moderno in cui qualche scrittore soltanto, il Larombière, vuol considerare tale l'amministrazione tutelare che non si è obbligati di accettare, possono essere annoverate nella categoria delle obbligazioni quasi contrattuali quelle del minore verso il tutore per le sole spese utilmente fatte durante l'amministrazione della tutela (art. 305 C. C. it.), quelle di chi raccoglie i frutti della cosa verso i terzi per il rimborso delle spese necessarie alla cultura (art. 445 C. C. it.), quelle derivanti dal condominio per la conservazione della cosa comune (art. 676 C. C. it.), quelle del proprietario verso il possessore della cosa per il rimborso delle spese sostenute a fine di conservare e migliorare la cosa medesima (art. 705 C. C. it.).

([1]) Foelix: *Dr. intern. priv.*, 1866, 4ª ed., t. I, lib. II, § 114.

([2]) Rocco: *Trattato di dr. civ. intern.*, lib. II, Cap. XLII.

base, o col Brocher [1] che, assimilando il quasi-contratto al delitto ed al quasi-delitto, caratterizza le disposizioni legislative su tale materia come regole di polizia riguardanti l'ordine e la sicurezza, o con l'Asser [2], col v. Bar [3], con l'Esperson [4] e col Fiore [5] che riconosce, come causa dell'obbligazione in siffatta materia soltanto la legge, facilmente si perviene a riconoscere anche la *lex loci negotii* come legge regolatrice della prescrizione.

Se invece si ammette con Laurent [6] e con Weiss [7] una certa analogia tra contratto e quasi-contratto, in quanto anche in quest'ultimo è da intravedersi un quasi concorso di volontà, per cui, sorgendo un conflitto tra leggi concorrenti, in mancanza di una regola per risolverlo, deve ricorrersi alla presunta intenzione delle parti di sottomettersi ad una data legge, si perviene facilmente a riconoscere come legge regolatrice della prescrizione quella nazionale delle parti, a meno che queste appartengono a Stati diversi, nel qual caso soltanto si giustifica la competenza della *lex loci negotii.*

(1) Brocher: *Droit intern. priv.*, pag. 315 e segg.
(2) Asser: op. cit., § 40.
(3) V. Bar: op. cit., § 87-88.
(4) Esperson: *Principio di nazionalità,* pag. 156.
(5) Fiore: *Dr. intern. priv.*, op. cit., vol. III, p. 319-320.
(6) Laurent: *Dr. civ. intern* op. cit., vol. VIII, § 1.
(7) Weiss: *Dr. intern. priv.*, 2a ed., pag. 645-646.

Posto in relazione con l'indole del problema che si vuol risolvere, quest' ultimo ragionamento lascia scoprire il difetto di non dare una base razionale al principio che stabilisce. Ed in realtà se la prescrizione garantisce, com' è stato dimostrato, l' interesse sociale, questo non può dirsi certamente abbastanza protetto con l'applicazione della legge nazionale delle parti; e ciò perchè l'interesse sociale appunto reclama che il fatto volontario dell'uomo, rispetto al fatto in sè stesso e non rispetto al rapporto obbligatorio, sia giudicato lecito in relazione alla legge del luogo dove esso è nato. Invano i quasi-contraenti invocherebbero all'estero, dove il fatto generatore dell'azione è precisamente avvenuto, la competenza della legge nazionale, dappoichè è al legislatore territoriale che spetta il diritto di tutelare l' interesse della società nella quale il fatto ha avuto il suo nascimento. Il legislatore straniero non ha nè potere nè autorità per valutare le perturbazioni apportate dall'incertezza di un diritto da esercitarsi su un fatto nato all'estero e sul quale la nazionalità delle parti non deve, perchè non lo può, avere influenza alcuna. Sicchè, sorgendo l'azione semplicemente dal fatto considerato in sè stesso, ne consegue che l'applicabilità della *lex loci negotii*, come norma giuridica internazionale, si presenterebbe consona al principio fondamentale dell'istituto della prescrizione.

Gli autori che hanno assimilato il *quasi-con-*

tratto al *contratto* non hanno tenuto conto che della natura dell'obbligazione che ne nasce, ma ciò non basta; mentre infatti nelle obbligazioni convenzionali l'autonomia delle parti regna assoluta, nelle obbligazioni non contrattuali invece la legge tiene luogo della volontà dei quasi-contraenti.

Delitto e quasi-delitto. — Dal precetto di giustizia sociale *neminem laedere* le leggi civili hanno fatto derivare delle obbligazioni giuridiche. Nell'atto illecito della lesione si è però distinto l'elemento doloso dall'elemento colposo, e mentre in quest'ultimo non si presuppone liberamente voluta la violazione del diritto altrui, che deriva da negligenza od imprudenza propria dell'agente, nel primo invece il fatto dannoso implica da per sè stesso la volontà di nuocere. Ma ciò non vuol dire che il fatto dannoso, giungendo fino al crimine, possa essere sempre assimilato a qualsiasi delitto comunemente inteso. Niente affatto; questo abbiamo voluto osservare perchè stimiamo opportuno di tenere presente la sostanziale differenza che intercede tra il delitto civile ed il delitto penale (1).

(1) Il delitto civile deriva dalla lesione attuale ed effettiva di un diritto privato patrimoniale, ed apporta l'obbligazione da parte dell'agente di rifare il danno, già verificato, nella misura del danno materiale o morale arrecato; non vi ha luogo però a risarcimento di danni se la lesione non è

Nonpertanto, sebbene le due azioni provengano dal fatto illecito dell'uomo e vadano tenute distinte l'una dall'altra, pure possono essere talvolta simultaneamente esercitate. Ciò non toglie che in siffatta ipotesi l'influenza del tempo debba essere diversamente considerata avuto riguardo al fondamento dell'obbligazione giuridica nascente dal fatto illecito. Infatti, se l'azione per la responsabilità penale, avendo la legge penale un carattere strettamente territoriale, si prescrive secondo le disposizioni della *lex fori*, lo stesso non è a dirsi dell'azione per la responsabilità civile nascente dal delitto o dal quasi delitto. Quale sarà adunque questa legge regolatrice della prescrizione allorquando il fatto illecito è commesso da nazionali all'estero, od avviene nel territorio dello stato tra stranieri e nazionali o tra stranieri solamente [1]?

stata prodotta dall'opera dell'uomo, ma da caso fortuito o da forza maggiore: *casum sentit dominus*. Il delitto penale deriva dalla lesione di un diritto tutelato e protetto dalla legge penale, ed apporta l'obbligazione da parte dell'agente di riparare il danno sociale mediante l'espiazione di una pena congrua al reato commesso; ma talvolta non è illecito l'esercizio del proprio diritto, quando anche ne derivi danno ad altri: *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam.*

[1] Non sarà fuori proposito di avvertire che noi qui ci occupiamo soltanto dell'obbligazione civile extracontrattuale, comunemente denominata responsabilità aquiliana dalla (*lex aquilia*), la quale va distinta da quella civile contrattuale. Sebbene infatti anche quest'ultima derivi, parimenti alla prima, da un fatto illecito, tuttavia la responsabilità, e quindi

Occorre anzitutto esaminare se la responsabilità extracontrattuale o aquiliana, che nasce in conseguenza del fatto che la legge dichiara civilmente imputabile in considerazione della colpa da parte dell'autore di esso, sia di puro interesse privato ovverosia d'interesse sociale. Sembra a prima vista che la lesione, la quale costituisce l'essenza del delitto, non contenga nel delitto civile quell'elemento costitutivo del fatto dannoso, qual'è la perturbazione dell'ordine pubblico, a quel grado di gravità da compromettere la vita degli uomini e la loro integrità, ma che invece la lesione contiene un elemento costitutivo del fatto dannoso in quanto riguarda solamente il patrimonio del singolo. Eppure è incontestabile che la legge, creando un'azione per il risarcimento del danno non ha mirato soltanto a garantire il danno risentito dal singolo per causa della negligenza o dell'imprudenza dell'autore del fatto dannoso, ma ha altresì nell'interesse della società sentito il bisogno di costringere con la sua severità i consociati, qualunque sia la loro condizione sotto il rispetto della cittadinanza, ad es-

l'obbligo del risarcimento del danno come riparazione dell'offesa, trova il suo fondamento nell'inadempienza di una obbligazione nascente da contratto, perciò il termine affinchè tale azione possa dirsi prescritta deve essere determinato dalla *lex loci contractus*, che, in conformità delle nostre conclusioni riguardo a questa materia, è la legge del luogo di stipulazione.

sere previdenti e prudenti. Sicchè a ragione può dirsi che la legge, creando un'azione per la responsabilità extracontrattuale, ciò fa sia nell'interesse privato che nell'interesse sociale.

Dopo siffatta premessa, che rappresenta anche un coefficiente valevolissimo per la nostra ricerca, è il caso di indagare, nella mancanza di una norma giuridica internazionale e di una norma interna in materia internazionale, la legge regolatrice della prescrizione che si dovrà applicare sia in favore degli stranieri, sia contro di loro riguardo ai delitti ed ai quasi-delitti.

Nessun dubbio v'ha che in siffatta materia non possono e non debbono giammai avere la prevalenza le regole in conformità delle quali si prescrivono le azioni derivanti da obbligazioni giuridiche nate sotto l'impero di legge estera. Il riconoscimento di questa prevalenza sarebbe una logica illazione del principio, ammesso da taluni legisti [1], secondo cui si applicano alle obbligazioni che nascono da delitto o da quasi-delitto la legge che regola le obbligazioni personali. Assai decisivamente insostenibili sono le ragioni che suffragano tale sistema e tra tutte quella di ritenere che l'autonomia delle parti influisca, come

[1] Wächter (*Archiv. für civilistiche Praxis*, T. XXV, pag. 390, nota 386) riporta l'opinione generalmente allora ammessa da taluni scrittori e della quale abbiamo fatto cenno nel testo.

nelle obbligazioni convenzionali, a far presumere al giudice od al legislatore che, in mancanza di una volontà espressa o tacita, la legge di colui che ha cagionato il danno o di colui che l'ha sofferto, cioè del debitore e del creditore, possa avere importanza sulla scelta della legge regolatrice del delitto o del quasi-delitto. D'altronde, se si volesse accogliere tale sistema, in esso non potrebbe trovare la sua applicabilità la norma regolatrice della prescrizione.

È indubitato, infatti, che la prescrizione, avuto riguardo alla sua natura sociale, ha lo scopo di mantenere la certezza dei diritti, acciocchè l'ordine pubblico non sia turbato, da ciò il carattere eminentemente territoriale dell'istituto. Or se il fatto dannoso, nascente dal delitto o dal quasi-delitto, non arriva a turbare l'ordine pubblico a quel grado di gravità cui giunge il crimine, tuttavia abbiamo osservato che esso arreca un tal quasi perturbamento alla legge del luogo dove il fatto illecito è stato commesso; come mai quindi può in tal caso aversi riguardo alla nazionalità di colui che ha cagionato il danno o di colui che l'ha sofferto?

Nemmeno risponde all'applicabilità della legge regolatrice della prescrizione il sistema propugnato da Wächter (1) e da Savigny (2) per regolare i de-

(1) Wächter: nell'*Archiv. für civilistische praxis*, T. XXV, pag. 389 e segg.
(2) Savigny: *Trattato del Diritto romano*, vol. VIII § 374.

litti ed i quasi-delitti commessi all'estero. Con la loro grande autorità entrambi hanno affermato l'applicazione della legge del foro competente. Non entriamo nel dettaglio del ragionamento che giustifica l'opinione sostenuta, Bar (1) ne ha vigorosamente messo in rilievo la grande contestabilità; diciamo senz'altro che le ragioni addotte a dimostrare l'inapplicabilità della *lex fori* alla prescrizione dei diritti nascenti dalle obbligazioni convenzionali, ugualmente valgono a dimostrare l'inapplicabilità della *lex fori* alla prescrizione dei diritti nascenti dal fatto illecito.

Per essere brevi diremo che in questa materia il sistema logico e rispondente alla natura dell'istituto della prescrizione è quello propugnato da Laurent (2) e da Fiore (3), secondo cui la legge del luogo, sotto l'impero della quale il fatto illecito è stato compiuto, ne deve governare le conseguenze relativamente all'obbligo di risarcire il danno arrecato, ancorchè il fatto dannoso non contenga gli estremi del delitto secondo la legge nazionale delle parti. Come siffatto sistema coincida a determinare l'influenza che il tempo esercita sul diritto nascente dal fatto dannoso, è dimostrato dall'intervento stesso della legge la quale, creando un'azione per il risar-

(1) Bar: *Das international Privat.* Undstrafeecht, § 88.
(2) Laurent: *Dr. civ. intern.*, vol. VIII, N. 10.
(3) Fiore: *Dr. int. priv.*, vol. III, N. 1265.

cimento del danno non mira soltanto a garantire, come in qualsiasi altra obbligazione convenzionale, il diritto del singolo per il danno risentito e quindi il suo interesse privato, ma anche mira a garantire l'interesse della società la quale giustamente pretende che le conseguenze relative al fatto delittuoso siano determinate dalla legge del luogo ove l'ordine pubblico sia stato turbato.

Talvolta può accadere che per talune obbligazioni nascenti da fatto illecito, il risarcimento del danno viene imposto dalla legge personale delle parti in considerazione dei rapporti di famiglia e non dalla legge del luogo dove il fatto illecito è stato commesso. Ebbene, in questa ipotesi l'applicabilità della legge del luogo, sotto l'impero della quale il fatto illecito è stato compiuto, può, riguardo all'influenza del tempo per le conseguenze relative all'obbligo di risarcire il danno arrecato, subire eccezione nel senso di essere considerata applicabile invece la legge delle parti in considerazione dei rapporti di famiglia? La risposta affermativa all'ipotesi messa avanti è una giusta illazione del fondamento giuridico dell'obbligo di risarcire il danno. Trattandosi infatti di un diritto nascente da rapporti di famiglia non può non essere tenuta in considerazione l'offesa sociale proveniente dal fatto rispetto alla legge personale delle parti, le quali hanno il diritto di pretendere che anche l'influenza del tempo relativamente alle conseguenze che

derivano dai rapporti di famiglia sia determinata dalla legge che tutela e garantisce il loro stato personale. Così nel caso di adulterio: qualora la legge nazionale delle parti interessate, a differenza di quanto statuisce la legge del luogo dove l'atto illecito è stato commesso, impone all'autore del danno l'obbligo del risarcimento, il tempo utile acciocchè si prescriva l'azione per esercitare questo diritto, viene determinato dalla legge nazionale della parte interessata, che ha il diritto di risarcire l'offesa sociale proveniente dal fatto immorale.

Lo stesso è a dirsi della prescrizione dell'azione di danno intentata contro chi, in considerazione ai rapporti di famiglia, è tenuto al risarcimento [1], quantunque tale obbligo non sia imposto dalla legge del luogo, sotto l'impero della quale il fatto illecito è stato compiuto.

---

[1] V. art. 1153 *Cod. civ. it.*, 1° alinea.

INDICE